

# علم أصول القانون

خلاصة المحاضرات التي القاها

الاستاذ عبد الرزاق أحمد السنهوري بك

عميد كلية الحقوق

على طلبة السنة الأولى بكلية الحقوق في علم أصول القانون

كمقدمة تمهيدية لدراسة القانون بوجه عام ودراسة

القانون المدني بوجه خاص



علم  
أصول القانون

خلاصة المحاضرات التي القاها

الاستاذ عبد الرزاق احمد السنهوري

عميد كلية الحقوق

على طلبة السنة الاولى بكلية الحقوق في علم أصول القانون

كقائمة تمهيدية لدراسة القانون

١٩٣٦م - ١٣٥٤هـ



## مقدمة

الغرض من دراسة علم أصول القانون  
التعريف بالقانون . خصائصه . ضرورته . نطاقه . اتصاله  
بالعلوم الأخرى

استيعاب المبادئ  
الأساسية دون  
التفصيلات

### ١ - الغرض من دراسة علم أصول القانون

الغرض من دراسة أصول القانون قبل دراسة القانون نفسه هو  
استيعاب المبادئ الأساسية التي يقوم عليها القانون ، قبل أن ندخل في  
دراسة تفصيلاته ولكل علم مقدمة هي المدخل الذي يوطئ السبيل إلى  
دراسته ، فدراسة أصول القانون تعد دراسة تمهيدية لدراسة القانون في  
فروعه المختلفة .

روح الدراسة :  
دراسة ابتدائية

وسندرس أصول القانون في هذه المحاضرات بروح تتوخى بها :  
(أولاً) أن نلم بالمبادئ الأولى للقانون فنحدد طبيعته ، ونبين  
مصادره ، ونفصل فروعه ، ونلاحظ هنا أن دراسة أصول القانون قد تكون  
ابتدائية للبتيدين في دراسة القانون ، وهي الدراسة التي نزمع أن نجري  
عليها في هذه المذكرات . وقد تكون دراسة عميقة فلسفية ، يقصد بها السمو  
بالدراسة القانونية إلى درجة من التجريد والاستقراء المنطقي والتعمق  
العلمي تتفق مع حالة من أتم دراسة القانون ، ووعي فروعه وتفصيلاته ،  
ولم يبق إلا أن يستخلص ما فيه من فلسفة وعلم وهنا إما يكون خاتمة  
لِلدراسة القانونية لامقدمة لها .

(ثانياً) ومهما يكن من الصبغة الابتدائية التي توخيناها في دراسة دراسة فلسفية

أصول القانون في هذه المحاضرات ، فقد آثرنا مع ذلك أن نبسط المبادئ الفلسفية والعملية التي تتركز عليها دراسة القانون ، حتى نمد الناشء أعدادا علميا فلسفيا قبل أن يخوض غمار الحياة العملية ، فإنه اذا فاته هذا الأعداد العلمى وقت الدراسة فلا يعوضه عنه المران العلمى ، ويصعب عليه بعد ذلك أن يستدرك ما فات .

### ٢ — التعريف بالقانون

يمكن تعريف القانون بأنه مجموعة القواعد التي تنظم الروابط الاجتماعية ، والتي تفسر الدولة الناس على اتباعها ولو بالقوة عند الاقتضاء .

ايراد التعريف

### ٣ — خصائص القانون

ومن التعريف المتقدم ندرك أن للقانون خصائص ثلاثا : (١) فهو قاعدة (٢) تنظم الروابط الاجتماعية (٣) يصحبها جزاء توقعه الدولة .

(١) فهو أولا قاعدة : والقاعدة لها ميزان ، العمومية والنظام . فالقانون عام بطبيعته ، منظم بوظيفته . أما أنه عام فعنى ذلك أنه لا يوضع لعمل واحد معين أو لشخص واحد بالذات . وعلى ذلك لا يكون الامر الادارى الصادر باغلاق مصنع معين قانونا ، كما لا يكون قانونا الحكم القضائى المأزم لشخص بالذات بأن يدفع مبلغا من المال لشخص آخر . بل يجب أن تكون القاعدة القانونية عامة ، أى تكون واجبة التطبيق على كل الاعمال والأشخاص المتأثلة التي ينظمها . وذلك لا يمنع من أن القانون قد ينظم طائفة معينة من الاعمال ، كالتصرفات الصادرة فى مرض الموت أو يطبق على طائفة معينة من الاشخاص ، كالطلبة والجنود والعمال . بل ذلك لا يمنع من أن يطبق القانون على شخص واحد ، على أن يؤخذ بصفته لا بذاته كالقانون الذى ينظم وراثة العرش أو رئاسة الوزارة .

قاعدة : السومية

## النظام

وفيه مما تقدم أن القانون ينطوي على معنى النظام الى جانب معنى العمومية ، فما دام قاعدة تطبق على الحوادث المتكررة والاشخاص المتماثلة ، وتطبق كل مرة على النحو التي طبقت به من قبل ، فان هذا التكرار في التطبيق يخلق نظاما متناسقا لا يمتثل ، وهذا هو أوضح معاني القانون . لذلك كان الشبه قريباً بين القواعد القانونية والقوانين الطبيعية . والجامع بينهما هو النظام . الا أن هناك فرقاً جوهرياً بينهما ، فالقواعد القانونية تطاع عن شعور وإرادة ، يطيعها الانسان وهو يملك عصيانها متحملاً جزاء المصيان . أما القوانين الطبيعية فتطيعها الظواهر الطبيعية لا عن إرادة ولا عن شعور ، وهي لا تملك الا طاعتها فقانون الجاذبية تطيعه كل الاجسام وليس لها بد من هذه الطاعة .

## تنظيم الروابط الاجتماعية

(٢) والقانون قاعدة تنظيم الروابط الاجتماعية : فالقانون لا يوجد الا حيث يوجد مجتمع بشري ، ولا يمكن تصور وجود القانون دون وجود المجتمع . والانسان المنفرد - روبنسون كروزو أو حي بن يقظان - على فرض وجوده ، لا تربطه رابطة بغيره ، حتى يوجد القانون لتنظيم هذه الرابطة ، على أن الانسان المنفرد ليس الا فرضاً فلسفياً لا حقيقة له . قال انسان يولد في المجتمع ، ولا يعيش الا في المجتمع .

## يقترن بها جزاء

(٣) والقانون أخيراً يقترن به جزاء دينوي توقعه الدولة . وقد يصحب القاعدة جزاء غير دينوي - وعد بالثواب أو وعيد بالعقاب في الحياة الآخرة - فهذا الجزاء لا يخرج القاعدة من دائرة الدين الى دائرة القانون . وقد تنقلب بعض القواعد الدينية الى قواعد قانونية ، اذا اقترن بها جزاء دينوي ، وأخذت الدولة الناس بتنفيذها . وقد يصحب القاعدة جزاء دينوي ، ولكن الدولة لا توقعه ، بل يتولى توقيعه الرأي العام ، كما في قواعد الاخلاق والمجاملات الاجتماعية ، فهذه جزاؤها حمد الناس أو

## جزاء دينوي توقعه الدولة

ذمهم ، ورضائهم أو استنكارهم ، فهي ليست بقانون اذ ليس للدولة شأن بها . أما اذا صاحب القاعلة جزاء دنيوى توقفه الدولة ، فان القاعدة تعتبر قانونا ، والجزاء يختلف ، فقد يكون جزاء جنائيا ، أى عقوبة يتقاضاها المجتمع من المجرم ، وقد يكون جزاء مدنيا أى تنفيذنا لحق يتقاضاه الدائن من المدين .

جزاء جنائى  
جزاء مدنى

#### ٤ - ضرورة القانون

يتبين مما تقدم أن القانون يوجد فى المجتمع البشرى لتنظيم الروابط الاجتماعية . ولما كان وجود المجتمع ضروريا ، اذ أن الانسان لا يعيش الا فى المجتمع كما قلنا ، فان الروابط الاجتماعية لا بد من وجودها ومتى وجدت الروابط الاجتماعية وجب تنظيمها بقواعد ، وهذه القواعد هى القانون .

حاجه الروابط  
الاجتماعية الى  
التنظيم

والفرد فى المجتمع لا يستطيع أن يتمتع بحرية طبيعية مطلقة ، والا تعارضت حريته مع حريات الآخرين . فلا بد اذن من حد الحريات جميعا ، وترك كل فرد حرا فى حدود احترام حريات الآخرين . فالتعارض ما بين الحريات الطبيعية ووجوب حدها حتى يزول هذا التعارض ، والتضارب ما بين المصالح ووجوب التوفيق بينها حتى يمكنه تحقيقها جميعا ، هذا هو الذى يستوجب وجوب القانون

وجوب حد الحريات

#### ٥ - نطاق القانون

اذا أردنا تحديد نطاق القانون بالنسبة الى علم الاخلاق ، وجدنا ان دائرة الاخلاق أوسع بكثير من دائرة القانون . فدائرة الاخلاق تشمل واجب الانسان نحو الله ، وواجبه نحو نفسه ، وواجبه نحو الغير . أما دائرة القانون فلا تشمل الا واجب الانسان نحو الغير . وهى بعد لا تشمل الا بعض هذا الواجب . اذ أن واجب الانسان نحو الغير منه ما لا تقبل طبيعته أن يوضع له جزاء دنيوى ، بل يرجع الأمر فيه الى الضمير ، كالتبقيات

دائرة علم الاخلاق:  
واجب الانسان  
نحو الله . واجب  
الانسان نحو نفسه .  
واجب الانسان  
نحو الغير

ما يستعمل وضع  
جزاء له



ما يتنذر وضع  
جزاء له

ما لا يناسب وضع  
جزاء له

المستترة ، ومنه ما يتنذر وضع جزاء دنيوى له ، كالصدق والوفاء ، ومنه ما يجوز أن يوضع له جزاء دنيوى . وهذا الأخير قسمان : قسم يرى المجتمع من المناسب وضع جزاء له . وقسم لا يرى المجتمع ذلك مناسباً له . وتحديد المناسب وغير المناسب يختلف باختلاف النظريتين : النظرة الفردية والنظرة الاشتراكية . فالنظرة الفردية تعنى بالفرد وتسخر المجتمع لخدمته ، فلا تجعل القانون يتدخل فى شؤون الفرد وفى حريته الا بالقدر الضرورى والنظرة الاشتراكية تعنى بالمجتمع وتسخر الفرد لخدمته ، وتجعل القانون يتدخل الى أقصى حد ممكن فى حرية الفرد

دائرة القانون :  
ما يناسب وضع  
جزاء له

فدائرة القانون لاتتضمن من واجبات الانسان الا واجبه نحو الغير ، ولا تأخذ من هذا الواجب ما يستحيل وضع جزاء له ولا ما يتنذر أن يوضع له هذا الجزاء ، ولا ما لا يناسب أن يكون له جزاء ، بل تقتصر على ما يمكن أن يكون له جزاء بشرط أن يكون ذلك مناسباً

## ٦ - اتصال القانون بالعلوم الاخرى

تدرج العلوم فى الفئة :  
العلوم الرياضية :  
العلوم الطبيعية :  
العلوم الاجتماعية :  
الاخلاق :  
الاجتماع :  
الاقتصاد :  
السياسة :

العلوم رياضية وطبيعية واجتماعية . وأدق العلوم هى الرياضية لان الانسان يخلق فروضها فهو مالك لعناصر الحكم والتقدير فيها . ويلبها فى الدقة العلوم الطبيعية ، ثم العلوم الاجتماعية ، اذ أن سيطرة الانسان على الظواهر الاجتماعية أقل تمكننا من سيطرته على الظواهر الطبيعية والقانون يدخل فى دائرة العلوم الاجتماعية . وأهم هذه العلوم هى علم الاخلاق وقد رأينا علاقته بالقانون ، والنسبة ما بين دائرة القانون ودائرة الاخلاق . ثم علم الاجتماع وعلم الاقتصاد وعلم السياسة . والقانون اذا كان خاصاً فهو يتصل اتصالاً وثيقاً بعلم الاجتماع فى دائرة الأحوال الشخصية ، ويعلم الاقتصاد فى دائرة الأحوال العينية أو المعاملات المالية . واذا كان عاماً

فاتصاله وثيق بعلم السياسة .

ومن ذلك يتبين أن القانون يتدخل في كل العلوم الاجتماعية بل هو هذه العلوم مجتمعة يستخلص حقائقها ، ويصوغ هذه الحقائق العلمية قواعد قانونية يجرى العمل على مقتضاها

## ٧ — ملحة البحث

أما وقد فرغنا من هذه الكلمة التمهيدية في التعريف بالقانون فنحن نعرض لمباحث علم أصول القانون في ثلاثة أبواب : فنخصص الباب الاول للكلام في طبيعة القانون ، ونجمل الباب الثاني لبحث مصادر القانون ، ونختتم بالباب الثالث في فروع القانون ؟

أبواب ثلاثة .  
طبيعة القانون  
مصادر القانون  
فروع القانون

# الباب الأول

## طبيعة القانون

٨ - المذاهب المختلفة في طبيعة القانون

أول مسألة تعرض لنا من مسائل القانون هي أن نتعرف طبيعته وماهيته : على أى أساس يقوم القانون ، وما هي العناصر التي يحتوى عليها إذا حللناه الى عوامله الأولى ؟

هذه هي المسألة التي تتفرق فيها الآراء ، وتباين للمذاهب ، وتشعب  
طائفتان من  
المذاهب :

ونحن نستعرض هنا بإيجاز أهم للمذاهب في طبيعة القانون . وقد  
اختارنا أن قسمها الى طائفتين :

الطائفة الأولى للمذاهب القانونية : وهي مذاهب تقف عند الناحية  
القانونية العملية ، ولا تتعمق في تحليل القانون تحليلاً علمياً فلسفياً .  
المذاهب الاجتماعية

الطائفة الثانية للمذاهب الاجتماعية : وهذه مذاهب تنفذ الى طبيعة  
القانون فتحللها تحليلاً فلسفياً اجتماعياً ، ولا تكتفي بالنظرة القانونية العملية .

# الفصل الأول

## المذاهب القانونية

### ٩ - فاصيها

هذه مذاهب تجمل القانون مشيئة صادرة من هيئة عليا . فهي تتخذ للقانون معيارا ماديا ، وتعرفه من مصدره الرسمي أو الشكلي ، وتقف عند ذلك ، فلا تنفذ الى طبيعة القانون ، ولا الى مصادره الحقيقية . فهي مذاهب تصلح للرجل القانوني ، يريد أن يعرف من ورائها متى تعتبر القاعدة قانونا يطبق في العمل .

القانون مشيئة  
السلطان :  
الله ،  
العهود ،  
للشرع

وهي تجتمع كلها في مسألة واحدة ؛ هي أن هناك مشرعا هو الذي يصنع القانون . فاذا أريد منها تحليل القانون والتعرف على طبيعته ، لم تتجاوز في تحليلها أكثر من أن تقرر أن القانون هو مشيئة هذا الشرع . فكل مجتمع ينقسم الى قسمين ؛ الهيئة الحاكمة والهيئة المحكومة . فالأولى هي التي تسن القوانين ، والثانية هي التي تخضع لها . وقد تكون هذه الهيئة التي تسن القانون قوة غير منظورة هي « الله » أو أية سلطة روحية أخرى . وهذه هي القوانين الدينية ، كالشرعية الاسلامية والشرعية اليهودية . ففي هاتين الشرعتين الله هو للشرع الأول ، والقانون في أسسه وحى من عنده ، ينزل على عبد من عبادہ يصطفيه نبيا . وقد تكون الهيئة للشرع هيئة بشرية هي العهود أو المشرع . فالقائل بأن القانون هو مشيئة الدولة هو الفقيه الانجليزي المروف « اوستن Austin » ويقابله في فرنسا مدرسة « الشرح على المتون » ( Ecole de l'Exege ) وهي كاوستن تذهب

الى أن القانون مشيئة للمشرع ، ومصدره الوحيد هو التشريع .  
وها نحن نعرض لكل من هذين المذهبين موجزين .

## المبحث الاول

### مذهب أوستن

#### ١٠ — اسس المذهب

يقوم مذهب أوستن على أن القانون في ( وضعه ) وفي ( تنفيذه )  
يستند الى سلطان الدولة . فالسلطان هو الذى يضع القانون ، وهو الذى  
يأخذ الناس بطاعته . فالقانون في طبيعته مشيئة السلطان ، تنفذ قهرا اذا  
اقتضى الحال ذلك .

#### ١١ — ارطاله القانونه الثمونه في مذهب اوستن

ويؤخذ بما تقدم أن القانون يقوم على دعام ثلاث :

(أولا) هيئة سياسية معينة هي الهيئة التي تبأشر سلطان الدولة  
(ثانيا) أمر أو نهى يصدر من هذه الهيئة (ثالثا) اقتران هذا الأمر والنهى  
بجزاء دنيوى توقعه الدولة على من يخالف القانون .

#### ١٢ — (أولا) هيئة سياسية معينة

هنا يميز أوستن في كل مجتمع سياسى شخصا معيناً او هيئة معينة  
هي التي لها السلطان . والسلطان في طبيعته واحد لا يتجزأ وهو القوة  
للسيطرة على كل القوات في الدولة ، لامتلاؤها قوه ، وتدين لها كل  
القوات بالخضوع . ففي الدولة الاستبدادية يكون السلطان في يد فرد هو  
الملك أو الأمبراطور أو هو يتسمى بأى اسم آخر . وفي الدولة الديمقراطية  
يكون السلطان في يد هيئة أو أكثر ، مجلس النواب ومجلس الشيوخ

السلطان مصدر  
القانون في الوضع  
وفي التنفيذ

هيئة سياسية معينة  
أمر أو نهى

السلطان  
السلطة العليا

مثلا ، والى جانبها يقف رئيس الدولة ، ملكا كان أو امبراطورا او رئيس جمهورية او غير ذلك .

الصلة السياسية

هذه الهيئة تتميز عن سائر الهيئات بأن صيقتها سياسية ، فتخرج بذلك الهيئات الاخرى غير السياسية ، كالنقابات والجمعيات المدنية والشركات التجارية والاندية والكنيسة وما الى ذلك . وتتميز كذلك بأن لها السلطان الاعلى على كل الأفراد وعلى كل الهيئات المتدججة في الدولة كما قدمنا .

مشيئة حادثة شاعرة

وهذه الهيئة هي التي تنظم الروابط الاجتماعية بقوانين مشيئتها تصدرها للأفراد والهيئات الخاضعة لسلطانها . فالقوانين أذن ارادة حادثة صادرة من هيئة شاعره ، وليست شيئا كامنا في طبيعة الروابط الاجتماعية ، تنشأ وتتطور في دائرة لاشعورية كما يزعم أنصار مذهب القانون الطبيعي . وقد تكون العادات وقواعد العدالة وغيرها مصدرا للقانون ، ولكن هذه الهيئة السياسية المعينة تقر بذلك وتقرنه بجزاء ، وما يقره السلطان فإنه يأمر به

ما يقره السلطان  
يأمر به

What the sovereign permits he commands.

### ١٣ - (ثانيا) أمر أو نهى

ومشيئة الهيئة الحاكمة تكون أمرا أو نهيا . فالقانون ليس مجرد ارشاد تحث الناس على اتباعه ، بل هو أمر او نهى يجب السير على مقتضاه .

مجرد الرخصة

وقد يفترض على ذلك بأن كثيرا من القواعد القانونية ليست أمرا أو نهيا ، بل هي مجرد رخصة . فالقانون يبيح للشخص أن يملك وأن يتعاقد وأن يوصى وأن يهب فأين الأمر والنهي من ذلك ؟ ان هي الارخص أباحا القانون للناس فلمهم أن يتعاقدوا والاي تعاقدوا ولم ان يوصوا والايوصوا .

ولكن هذا الاعتراض يمكن دفعه . فإن القاعدة القانونية التي ترخص في عمل شيء تأمر في الوقت ذاته الناس باحترام هذا العمل اذا تم وتهاجم عن انتهاك حرمة . ثم هي توجب في ذمة من قام بالعمل التزامات هي اوامر ونواة تحجب لما الطاعة . فمن تعاقد بالبيع مثلاً وجب على الغير احترام تعاقد ، وينشئ العقد في ذمته التزامات بتسليم الشيء المبيع ، وينقل ملكيته ، وبالامتناع عن التعرض للمشتري ، ويمنع تعرض الغير له ، وهكذا فهذه جملة من الأوامر والنواهي يتضمنها التعاقد .

وقد يعترض كذلك بأن قواعد المرافعات لا تتضمن أوامراً ونواهي ، قواعد المرافعات بل في أكثرها اجراءات تتبع اذا اختار شخص ان يسلك طريق القضاء . ودفع هذا الاعتراض يسير . فأن اتباع هذه الاجراءات أمر يصدره القانون للقضاء . والمتقاضين دون غيرهم من الناس .

#### ١٤ - ( ثالثاً ) الجزء الديني

ولا يمكن أن تصدر الهيئة الحاكمة أمراً أو نهياً ، بل يجب أن تقرر ذلك بجزاء دينوي توقفه على من يخالف الأمر أو النهي . وهذا الجزء الديني يقوم الهيئة الحاكمة بتوقيمه مستندة في ذلك على القوة العامة التي بين يديها . ويترتب على ذلك أن قواعد الأخلاق والمجاملات الاجتماعية والآداب العامة والأحكام الدينية كل هذه ليست قانوناً قد تكون أوامراً ونواهي يجب على الناس اتباعها ولكنها ليست مقترنة بجزاء دينوي توقفه الدولة على من يخالفها .

وهنا يقوم اعتراضان : ( الاعتراض الأول ) أنه يترتب على ما تقدم القانون الدولي العام أن القانون الدولي ليس قانوناً ، إذ أن قواعده غير مقترنة بجزاء دينوي يوقع على الدولة متى تخرق حرمة هذا القانون . واذا كانت الحياة الدولية

قواعد الاخلاق  
والدين

القانون الدولي العام

آخذة في التوثق بإنشاء عصبة الأمم ومحكمة العدل وغير ذلك من الهيئات  
القولية ، فإن الشقة دون وجوب احترام هذه القواعد القولية لا تزال  
بعيدة . لذلك لا يرى أوستن أن القانون القولي العام قانون بالمعنى الصحيح .  
القانون الدستوري ( والاعتراض الثاني ) أن القانون الدستوري هو أيضا في منزلة القانون  
القولي العام من حيث عدم وجود قوة تنفذه بالقهر . فالقانون الدستوري  
قواعد تنظم السلطان وروابطه بالأفراد ، والسلطان لا يخضع لقوة أعلى ،  
فكل قانون ينظم السلطان ما هو الا مشيئة السلطان ، فلا تلزمه هذه  
المشيئة اذا غيرها . وهب أنها ألزمته . فأين هي القوة التي تجبر السلطان  
على الاذعان ؟ اذا وجدت هذه القوة فهي السلطان الحقيقي ما دامت تملو  
على السلطان المزعوم . ونعود الى نفس التحليل فيما يتعلق بالسلطان الحقيقي .  
أما اذا لم توجد فقد بطل اذن أن القانون الدستوري يمكن تنفيذه بالقهر .  
ومن أجل هذا أنكر أوستن على القانون الدستوري أيضا أن يكون قانونا  
بالمعنى الصحيح .

#### ١٥ - تقرير مذهب أوستن

ليس هناك شك في وضوح نظرية أوستن وبساطتها ، فهي تركز على  
معياري مادي في تعريف طبيعة القانون . وعندها ان القانون هو مشيئة السلطان  
ينفذها بالقوة . فتي صدرت ارادة السلطان لتنظيم الروابط الاجتماعية ،  
وفسرت الناس على الخضوع لهذه الارادة ، فذلك هو القانون . وعلى ذلك  
يكون المصدر الرسمي الوحيد للقانون هو التشريع ، ولا يوجد مصدر آخر  
الى جانبه . ويكون القانون مبنيا على القوة والقهر لاعلى الرضا والاختيار .  
وليست هناك الا علامة مادية شكلية لا تتجاوزها الى ما وراءها في تعريف  
طبيعة القانون .

وضوح النظم  
وبساطتها



قط الضيف في  
النظرية

هذه مسائل ثلاث هي قط الضيف في نظرية أوستن : (أولا) انفراد التشريع بأن يكون مصدرا رسميا للقانون ، (ثانيا) اغفال عامل الامة واقيادها للقانون بمحض رغبتها ، (ثالثا) الوقوف عند معيار شكلي للقانون . ونحن نتناول هذه المسائل الثلاث :

المصادر الرسمية  
الاخرى للقانون

١٦ - (اولا) انفراد التشريع بأنه يكون مصدرا رسميا للقانونه لا يكون القانون قانونا طبقا لنظرية أوستن الا اذا كان مصدرا السلطان أو الدولة أو التشريع . فالنظرية تنكر أن يكون للقانون مصدر رسمي آخر . والواقع من الامر ان القانون مصادر رسمية أخرى غير التشريع . فهناك العادات والدين والقضاء ، وندع الققه وقواعد العدالة . فالقانون قد يكون مصدرا الرسمي العادة ، وتلتزم المحاكم بتطبيقها كما تنطبق التشريع ، واذا طبقها المحاكم فلاها قانون واجب التطبيق . ولكن نظرية أوستن تقلب الوضع ، وترى ان القانون الذي يكون مصدرا المادة إنما يكون قانونا لان المشرع أقره . فهو قانون لان المحاكم تطبقه ، لان المحاكم تطبقه لانه قانون .

علم الرضا  
والاختيار

١٧ - (ثانيا) اغفال عامل الامة واقيادها للقانون بمحض رغبتها : وقد عنيت نظرية أوستن عناية خاصة بمامل القوة والقهر في القانون . وحملها ذلك على انكار صفة القانون الصحيح على القانون الهولي العام والقانون الدستوري . فاغفلت بذلك عاملا لا يقل في الأهمية عن عامل القوة والقهر ، وهو عامل الرضا والاختيار . فالأفراد تخضع للقانون لا لأنها مجبرة على الخضوع له فحسب ، بل لأنها ايضا ترتضيه قانونا ينظم روابطها الاجتماعية . واذا كانت القوة من وراء القانون ، فهذه القوة إنما هي قوة الأمة ، والسلطان ليس في حقيقة الأمر الا الأمة نفسها مجتمعة . واذا صدر قانون يأباه طبع الأمة

وتقاليدها وحالتها الاجتماعية ، ومع ذلك يأبى المشرع إلا ان يخضع له الناس بالقوة ، قد يبقى قانوناً وقتاً قصيراً . ثم لا تلبث ارادة الأمة ان تغلب ارادة المشرع ، ويلغى القانون أو يهجر . والالتجاء المتواصل الى استعمال القوة في تنفيذ القوانين إنما يكون علامة ضعف لاعلامه قوة .

القانون الدولى العام  
والقانون الدستورى

ومن هنا نرى ان انكار صفة القانون الدولى العام والقانون الدستورى فيه تجاوز . فالقواعد الدولية والقواعد الدستورية قواعد ارتضتها الدول والافراد لتنظيم روابطها الاجتماعية ، فهى قوانين حتى مع خلوها من عامل القهر . على ان القوانين الدستورية بنوع خاص لا تخلو من هذا العامل . وذلك ان القوانين المعتادة تحوط بها قوة الامه بطريق غير مباشر متمثلة في الشرطة أو في الجند . أما القوانين الدستورية فتحوطها قوة الأمة بطريق مباشر ، وإذا أريد انتهاك حرمة قانون دستورى ، فإن دون ذلك الأمة تشور للمحافظة على دستورها .

### (ثالثاً) الموقف عند معيار شكلى للقانون :

ولكن العيب الجوهرى في نظرية أوستن هو أنها تقف عند معيار شكلى للقانون ، فلا تجاوز الشكل الى الموضوع ، ولا تنفذ الى صميم القواعد القانونية لتعرف طبيعتها . فهى تقنع من القاعدة القانونية بأنها تحمل طابع المشرع ، وتقف عند هذه العلامة الرسمية ، ولا تنفذ الى طبيعة القاعدة القانونية لترى كيف نشأت وكيف تطورت .

طابع المشرع هو  
المعيار الشكلى

وإذا كانت هناك مزية لنظرية أوستن ، فذلك انها تسهل على رجل القانون تمييز القواعد القانونية من غيرها بعلامة مادية يقف عندها ، فما كان من هذه القواعد يحمل طابع المشرع ، فهو قانون . على ان هذه المزية ليست خالصة ، فان كثيراً من القواعد القانونية لا يحمل هذا الطابع ، وله مصدر آخر غير التشريع .

وهو معيار شكلى  
ناقص

## المبحث الثاني

مدرسة الشرح على المنه

ECOLE DE L'EXEGESE

١٩ - اصل التسمية ووجه الشبه بمذهب أوستن :

اصل التسمية  
شرح النصوص  
متنا متنا

وعند الفرنسيين مدرسة تتفق مع مدرسة أوستن الانكليزية ، من حيث أن كلا منهما يجعل التشريع هو المصدر الرسمي الوحيد للقانون ، ويقف عنده فلا يتجاوزه الى سواء . وقد عرفت هذه المدرسة باسم مدرسة « الشرح على المتون » ( Exegese ) ، لان قضاها يشرحون نصوص التشريع متنا متنا كما يفعل المفسرون في الكتب المقدسة وهؤلاء القضاة يصدرن جميعا عن فكرة واحدة ، هي ان النصوص التشريعية قد حوت كل القواعد القانونية ، ولم تفرط فيها من شيء ، فليس أمام الفقيه الا ان يستعرض هذه النصوص ، ويفسرها نصا نصا .

وجه الشبه بمذهب  
أوستن  
القانون هو التشريع

ونرى من ذلك ان مدرسة « الشرح على المتون » هي ايضا مذهب شكلي ، كمدرسة أوستن ، تكتفي في التعرف على القانون بشكله دون موضوعه . فالقانون في نظر هذه المدرسة هو التشريع ، ولا يوجد شيء آخر غير التشريع يجوز اعتباره قانونا .

٢٠ - مميزات مدرسة « الشرح على المنه » :

لمدرسة الشرح على المتون ميزان :

(أولا) التقيد بالنصوص

التقيد بالنصوص

لا تعرف هذه المدرسة الا نصوص التشريع مصدرا للقانون وقد قال بينيه ( Bugnet ) أحد قضاةها : « اني لا أعرف القانون للدني ، وإنما أدرس قانون نابليون <sup>(١)</sup> . وقال ديمولومب ( Demolombe ) أمير

(١) Je ne connais pas le droit civil; je n'enseigne que le code Napoléon..

قهاء هذه المدرسة : « ان شعارى والمقيدة التى اؤمن بها هى ايضا :  
النصوص قبل كل شئ. » (١).

### (ثانيا) العبرة بنية المشرع الحقيقية أو المفروضة :

نية المشرع لفظه  
النية الحقيقية  
لا المحتملة

وإذا كانت نصوص التشريع تشتمل على كل القواعد القانونية ، فإن تفسير هذه النصوص يجب أن يتوخى فيه نية للمشرع ، لا اللفظ الذى استعمله فى التعبير عن هذه النية والعبرة بنية للمشرع الحقيقية وقت وضع التشريع ، لا بنيته المحتملة وقت تطبيق التشريع . وإذا تطورت الظروف الاجتماعية بحيث أصبحت نية للمشرع الحقيقية لا تتماشى مع هذه الظروف ، فلا يجوز للقاضى أن يصد الى نية أخرى محتملة ، ينسبها للمشرع لو أنه وضع التشريع فى الوقت الذى يطبق فيه ، بل يجب عليه أن يظل أميناً على النية الحقيقية للمشرع وقت وضع التشريع . ذلك أن التقيد بنية المشرع الحقيقية فى نظر مدرسة « الشرح على اللتون » يعصم من الوقوع فى التحكم ، اذ من الصير الاتفاق على النية المحتملة للمشرع ، وسرعان ما تختلف القضاة فى تحديد ما كل بحسب منطق وهواه . ثم أن التقيد بنية للمشرع الحقيقية أكثر اماناً فى احترام التشريع ، أما تجاوز النية الحقيقية الى نية محتملة فإن من شأنه أن يجعل من القاضى مشرطاً .

النية المفروضة

على أن « النية الحقيقية » للمشرع قد لا تكون واضحة وضوحاً كافياً . ففى هذه الحالة تلجأ مدرسة « الشرح على اللتون » الى « النية المفروضة » تستخلصها من روح التشريع ومن تقاليد القانون . مثل ذلك ما نص عليه المشرع الفرنسى من عدم جواز التصرف فى المقار التى تقدمه الزوجة مهرأ لزوجها فى نظام البوطة (Régime dotal) . ولم يعرض

المشروع للمنقول . فهل يجوز التصرف في المنقول خلافا للعقار ؟ لو قلنا بالنية المقروضة للمشروع وقت وضع التشريع ، لوجب القول بجواز التصرف في المنقول ، اذ انص على العقار دون المنقول من حيث عدم جواز التصرف ، يحصل الحكم مختلفا ، والمبرر لهذا الاختلاف في الحكم أن المنقول لم يكن بنى شأن وقت وضع تقنين نابليون ، وأن العقار كان هو عماد الثروة في ذلك الوقت ، فمن المعقول أن يحى للمشروع العقار دون المنقول . أما اذا قلنا بالنية المحتملة للمشروع وقت تطبيق التشريع ، لوجب القول ، مع القضاء الفرنسى ، بأن المنقول أصبح لا يقل الآن في الشأن عن العقار ، فيجب له نفس الحماية ، ولا يجوز التصرف فيه كما لا يجوز التصرف في العقار . وتأخذ مدرسة الشرح على المتون بالقول الأول .

فنية المشروع ، الحقيقية أو المفروضة ، هى التى تتلسمها مدرسة «الشرح على المتون» وتجبرى على مقتضاها ، حتى يكون التشريع وحده ، لا اجتهاد الفقهاء ، هو مصدر القانون .

#### ٢١ - فقهاء مدرسة «الشرح على المتون»

نذكر خمسة من أشهرهم :

(١) و (٢) اوبرى ورو (Aubry et Rau) قبيهان من جامعة اوبرى ورو استراسبورج ، وضعا كتابا في شرح القانون المدنى في ثمانية أجزاء (في طبعته الرابعة ، وله طبعة خامسة اشترك فيها بارتان (Bartin) من اثني عشر جزءا وقد استغرق وضع الكتاب في طبعته الاولى نحو عشر سنوات (من سنة ١٨٣٤ الى سنة ١٨٤٤ ، وقد قلم على أنه ترجمة لكتاب ققيه ألمانى اسمه زكريا Zachariae ومثل هذه اللدة في طبعته الرابعة (من سنة ١٨٦٩ الى سنة ١٨٧٨ ) . والكتاب لا يزال حتى الآن من أمهات

كتب الفقه الفرنسى ، اشتهر بالدقة والايجاز .

ديمولومب (٣) ديمولومب (Demolombe) ، ويسمى بأمر قضاء مدرسة الشرح على المتن ، كان عميدا لكلية الحقوق بكان (Caen) . ووضع كتابا فى شرح القانون للمدى فى واحد وثلاثين جزءا ، استغرق وضعه واحدا وثلاثين عاما ( من سنة ١٨٤٥ الى سنة ١٨٧٦ ) ولم يكمل الشرح . وعرف كتابه بالافاضة والاسهاب .

لوران (٤) لوران (Laurent) وهو فقيه بلجيكي ، يمثل للمدرسة تمثيلا صادقا ، اذ عرف بشدة التمسك بنصوص القانون . وقد شرح القانون المدنى فى مؤلف من ثلاثة وثلاثين جزءا ( من سنة ١٨٦٩ الى سنة ١٨٨٧ ) . بودرى لا كانترى (٥) بودرى لا كانترى (Bandry lacantinerie) ، وهو من أحدث الفقهاء الذين يمثلون المدرسة . وضع شرحا مطولا للقانون المدنى ، بالاشتراك مع فقهاء آخرين ، من تسع وعشرين جزءا ( من سنة ١٨٨٥ الى سنة ١٩٠١ ) . ولا يزال كتابه حتى الآن أهم مرجع لفقه مدرسة « الشرح على المتن » .

## ٢٢ — تقرير « مدرسة الشرح على المتن »

هذه المدرسة كسابقتها ، مدرسة أوستن ، تلحق بها العيوب الثلاثة التى أسلفناها : (١) تجعل التشريع هو المصدر الرسمى الوحيد للقانون (٢) وتنفل عامل ارادة الأمة ، وما تخو به هذه الارادة ( فى شكل العادات والتقاليد ) من ارادة المشرع (٣) وتقف عند معيار شكلى للقانون ، فلا تحلل طبيعة القانون وعناصره الأولى . عيب آخر هو المجمود عيب آخر هو المجمود وهى الى جانب هذه العيوب ، تجعل القانون جامدا لا يتطور ، ما دامت تنقيد بارادة المشرع وقت وضع التشريع .

## الفصل الثاني

### المذاهب الاجتماعية

٢٣ - فاصبتها

هذه مذاهب لا تنظر الى القانون نظرة سطحية ، ولا تكتفى في التعرف عليه بعلامة شكلية . بل هى تنفذ الى الصميم ، وتحلل القانون الى عناصره الأولى ، وترده الى أصله فى دائرته الاجتماعية . وهى بين مذاهب فلسفية ميتافيزيكية ، ومذاهب علمية واقعية ، ومذاهب مختلطة تمت الى التزعين .

ونذكر من هذه للمذاهب مذهب القانون الطبيعى ، ومذهب التطور التاريخى ، ومذهب القانون الطبيعى ذى الحدود للتفيرة ، ومذهب الفاية الاجتماعية ، ومذهب التضامن الاجتماعى ، ومذهب العلم والصياغة .

## المبحث الاول

مذهب القانون الطبيعى

٢٤ - فكرة القانون الطبيعى

يرى مذهب القانون الطبيعى أن هناك قانونا كامنا فى طبيعة الروابط الاجتماعية ، وهو قانون ثابت لا يتغير لا فى الزمان ولا فى المكان . يكشفه العقل البشرى لا يوجد هذا هو القانون الطبيعى ، قانون أبدى سرمدى ، ككل القوانين التى تهيمن على الظواهر الطبيعية . فكما أن العالم الطبيعى من فلك وأرض وهواء وماء ، وما تحتويه كل هذه الأشياء ، خاضع لقوانين

قانون كامن فى طبيعته  
الروابط الاجتماعية  
يكشفه العقل  
لا يوجد

طبيعية لا تتغير ولا تتبدل ، كذلك العالم الاجتماعى يخضع لقوانين طبيعية توجه الى حيث هو منساق اليه . وما على العقل البشرى الا أن يتمتع فى الروابط الاجتماعية ، فيستخلص منها هذا القانون الطبيعى . وكما قرب القانون الوضعى من القانون الطبيعى كان أقرب الى الكمال .

ولمذهب القانون الطبيعى تاريخ طويل ، ومراحل عديدة تدرج فيها ، فلم يها موزين .

مراحل تطور  
القانون الطبيعى

#### ٢٥ - مذهب القانون الطبيعى عند اليونان

عرف فلاسفة اليونان القانون الطبيعى . فقد راعهم أن رأوا أن الإنسان كبقية المخلوقات يخضع لقوانين طبيعية من نشأة ونمو وتطور وفناء ، وأن هناك قوانين ثابتة لا تتغير ، تخضع لها البشرية جميعا فى كل زمان ومكان ، الى جانب الحوادث العارضة التى تخص كل انسان . قسموا هذه القوانين الثابتة بالقانون الطبيعى . وميز أرسطو بين القانون العام ، وهو هذا القانون الطبيعى ، والقانون الخاص ، وهو من وضع البشر ، تتخذ كل أمة منه ما تهتدى اليه .

تميز أرسطو بين  
القانون الطبيعى  
والقانون الوضعى

وقال الرواقيون بالقانون الطبيعى . فندم أن أصل الوجود هو الله فى هيئة النار . ثم تحركت النار وحولت جزءا منها الى هواء . وتحرك الهواء وحول جزءا منه الى ماء ، وتحرك الماء وحول جزءا منه الى أرض . ويسير السالم فى هذه الصورة شوطا مقدرا ، وقفا لسنن محتمة . ثم قفى الأرض فى اللاء ، واللاء فى الهواء ، والهواء فى النار ، ويعود السالم كتلة نارية كما كانت . ثم ينفصل من النار هواء ، ومن الهواء ماء ، ومن الماء أرض ، سيرة أخرى ، ويسير العالم هذا الشوط للمقدر . وهكذا دواليك . فيتعاقب على العالم حالان ، البناء والهدم الى ما لا نهاية . ويحدث ذلك

فلسفة الرواقين



على أساس لا يتغير ، وقانون طبيعي ثابت .

### ٢٦ - مذهب القانون الطبيعي عند الرومان

وقد ميز قهء الرومان بين القانون المدني (Jus civile) وقانون الشعوب (Jus gentium) ، والقانون الطبيعي (Jus naturale) فالأول هو القانون الروماني العتيق الذى كان يطبق على الرومانيين دون سواهم . أما قانون الشعوب فهو ذلك القانون المشترك بين جميع الشعوب ، وكانت الرومان تستمد من مبادئه القانون الذى كان يطبق على الأجانب ، وهذا هو القانون الطبيعي بالمعنى المقصود . أما القانون الطبيعي فى لغة الرومان فقد كان القانون الذى تخضع له كل الكائنات الحية من انسان وحيوان . فهناك نوع من التدرج : القانون الطبيعي تخضع له كل الكائنات الحية ، وقانون الشعوب يخضع له كل بنى الانسان من بين الكائنات الحية ، والقانون المدني يخضع له كل الرومانيين من بنى الانسان .

وقد قل الرومان مذهبهم فى القانون الطبيعي عن الفلسفة اليونانية .

وحل « قانون الشعوب » عند الرومان محل القانون الطبيعي عند اليونان بل هو قد صار قانونا عمليا ، لا مجرد فلسفة ، يطبقه الرومان فى علاقاتهم مع الأجانب ، ويستخلصونه من القوانين الطبيعية التى يستلهمونها من عقولهم ، ويحسبون أن الانسانية تخضع لها اذ هى قوانين تطبقها كل الشعوب . وقد أثر « قانون الشعوب » هذا فى « القانون المدني » فوسع فيه وهذبه ، وصار من أهم المصادر فى رقى القانون الروماني ، اذ كان مبنيًا على العقل فى أساسه ، بينما كان « القانون المدني » مبنيًا على الساعات القديمة والأشكال والأوضاع .

ونرى مما تقدم أن القانون الطبيعي كان فلسفة عند اليونان ، فصار تطورا للقانون الطبيعي

من فلسفة الى قانون  
الى دين الى سياسة  
قانونا عند الرومان ، وسنراه يتقلب دينا في العصور الوسطى ، ثم سياسة  
في العصور الحديثة .

## ٢٧ — مذهب للقانون الطبيعي في العصور الوسطى في أوروبا

القانون الالهى  
وورثت المسيحية في العصور الوسطى القانون الطبيعي ، فجعلته  
القانون الالهى ، وهو قانون أبدي سرمدي ، ثابت لا يتغير ، نصل اليه  
من طريق الوحي لا من طريق العقل .

## ٢٨ — مذهب القانون الطبيعي « عند المعتزلة » من المسلمين

من الحاكم بلحسن  
والقبح ؟  
وما هو جدير بالذكر أن الاسلام عرف كالمسيحية القانون الطبيعي .  
وزاد عليها انه ميز بين القانون الطبيعي والدين . وجعل العقل لا الوحي  
هو الكاشف لهذا القانون . وهذا هو مذهب المعتزلة المعروف . فنقدم  
أن الحسن والقبح ( أى المأمور به والمنهى عنه أى القانون ) يدرهما  
العقل ، والشرع جاء كاشفاً عما أدركه العقل قبل ورودده . فالمعتزلة تقول  
اذن بقانون طبيعى مصدره العقل لا الدين . وقد ورد في ارشاد الفحول  
للشوكاني ص ٧ ما يأتى : « اعلم انه لاختلاف في كون الحاكم الشرع بعد  
البعثة وبلوغ الدعوة . وأما قبل ذلك ، فقالت الأشعرية لا يتعلق له  
سببانه حكم بأفعال المكلفين ، فلا يحرم كفر ولا يجب ايمان . وقالت  
المعتزلة انه يتعلق له تعالى حكم بما أدرك العقل فيه صفة حسن أو قبح  
لقناته أو لصفته أو لوجوه واعتبارات ، على اختلاف بينهم في ذلك .  
قالوا والشرع كاشف عما أدركه العقل قبل ورودده . . . . . وحل النزاع بينهم  
( الأشعرية والمعتزلة ) . . . . . هو كون الفعل متعلق المدح والثواب والقم  
والعقاب أجلاً أو عاجلاً ففند الأشعرية ومن واقهم ان ذلك لا يثبت الا  
بالشرع ، وعند المعتزلة ومن واقهم ان ذلك ليس الا لكون العقل واقعاً

على وجه مخصوص لأجله يستحق فاعله القم » . وجاء في التوضيح على التنقيح : العقل عند ( المعتزلة ) حاكم مطلق بالحسن والقبح على الله تعالى وعلى العباد . أما على الله فلأن الأصلح للعباد واجب على الله بالعقل ، فيكون تركه حراما على الله ، والحكم بالوجوب والحزمة يكون حكما بالحسن والقبح ضرورة . وأما على العباد فلأن العقل عندهم يوجب الأفعال عليهم ، ويبسحها ويحرمها ، من غير أن يحكم الله له فيها بشيء من ذلك . وعندنا ( الأشعرية ) الحاكم بالحسن والقبح هو الله ، وهو متمتع عن أن يحكم عليه غيره ، وعن أن يجب عليه شيء ، وهو خالق أفعال العباد على ما مر ، جاعل بعضها حسنا وبعضها قبيحا ، له في كل قضية كلية أو جزئية حكم معين ، وقضاء معين ، واحاطة بظواهرها وبواطنها ، وقد وضع فيها ما وضع من خير أو شر ، ومن نفع أو ضرر ، ومن حسن أو قبح » .

مذهب المعتزلة  
الحاكم هو العقل

وواضح مما قدمناه أن للمعتزلة تذهب إلى أن العقل هو الحاكم بالحسن والقبح . ومعنى ذلك أن مصدر القانون هو العقل لا الشرع ، بخلاف الأشعرية ، فهي تذهب إلى أن الحاكم هو الله ، أي أن مصدر القانون هو الشرع لا العقل . فالمعتزلة تقول إذن بقانون العقل ، أي بالقانون الطبيعي ، وهو حاكم على الله وعلى العباد . فالله واجب عليه الأصلح للعباد ، والعباد يلجأون إلى العقل في معرفة القانون . وهذا صريح في أن هناك قانونا طبيعيا يستقل العقل البشري بكشفه ، ولا حاجة بنا إلى مشرع ، حتى لو كان هذا للشرع هو الله . أما الأشعرية فنندم أن مصدر القانون هو المشرع ، إذ أن الحاكم بالحسن والقبح هو الله . فالأشعرية مذهبهم في القانون مذهب رمي شكلي ، كذهب أوستن ومدرسة « الشرح على المتون » ، لأن القانون عندهم هو مشيئة صادرة من هيئة عليا هي الله .

مذهب الأشعرية  
الحاكم هو الله

## ٢٩ - مذهب القانون الطبيعي في المصور الحديثة

ولم ينقطع مذهب القانون الطبيعي عن الظهور في القرون الحديثة ، بل زادت أهميته في أوروبا الى حد كبير في القرنين السابع عشر والثامن عشر . ويرجع ذلك الى أن أوروبا كانت قد استكملت في تلك المصور تكون قومياتها ، وخلصت سلطان الكنيسة . فاهتمت دولا مستقلة ، ولم يكن للدولة سلطان على الدول الأخرى كما كان الأمر في الدولة الرومانية وفي عهد شارلمان . فاقضى الأمر تنظيم علاقات الأفراد بالدولة بعد أن قوى سلطان الدولة وتركز ، وتنظيم علاقات الدول بعضها ببعض الآخر على أساس جديد . كان لا بد إذن من إيجاد أساس جديد لتطور القانون المستورى من ناحية ، ولتطور القانون الدولى الصام من ناحية أخرى . وكان من الواجب أن يتطور هذان القانونان دون أن تكون هناك سلطة تشريعية كبرى تلى أحكام هذا التطور . وإذا لم يكن هناك تشريع ، قام العقل الى جانب العادات والتقاليد مقام التشريع . ومن هنا ندرك سبب نهوض مذهب القانون الطبيعي نهوضا عظيما في القرنين السابع عشر والثامن عشر في أوروبا . فقد قام هذا المذهب مستندا الى العقل البشرى والتفكير الحر ، ونادى بوجود قانون طبيعى يسيطر على علاقات الافراد بالدولة ويسيطر على علاقات الدول بعضها ببعض الآخر .

حالة أوروبا في  
القرون الحديثة  
تكون القوميات  
واستقلال الدول

أساس جديد  
القانون المستورى  
ولقانون الدولى العام

أما علاقات الأفراد بالدولة فتتنظيمها يقتضى بحث الأساس الذى تقوم عليه الدولة . وقد تصدى لهذا البحث فلاسفة ثلاثة : هيز (Hobbes) ولوك (Locke) الانجليزيان وروسو (Rousseau) الفرنسى . وكذلك تنظيم علاقات الدول بعضها ببعض الآخر يقتضى مراجعة الأساس الذى يبنى عليه القانون الدولى العام . ولما كانت الجمعية الدولية في ذلك العهد تعيش

القانون الطبيعي هو  
هذا الأساس الجديد

فى عهد الفطرة والبداءة ، فان الفقهاء والفلاسفة لم تجد الا القانون الطبيعى  
تبني على مبادئه مايقوم من العلاقات بين الدول ، وكان للؤسس للقانون  
الطبيعى فى عهده الجديد جروسىوس (Grotius) التقيه الهولندى للعروف .  
ونعرض بايجاز لآراء هؤلاء الفلاسفة الأربعة : جروسىوس وهبز ولوك  
وروسو .

جروسىوس (من سنة ١٥٨٣ الى سنة ١٦٤٥ ) كان قهيا هولنديا جروسىوس  
كبيرا ، ويعتبر مؤسس القانون الدولى العام فى عهده الحديث . وقد أسسه  
على مبادئ القانون الطبيعى . ووضع كتابه للشهور « قانون الحرب  
والسلام » (Jure Belli et Pacis Droit de Guerre et Paix) ونشره فى سنة ١٦٢٥ .  
وقد عرف فيه القانون الطبيعى بما يأتى : « القانون  
الطبيعى هو القاعدة التى يوحى بها العقل القويم ، والتى بمقتضاها يحكم  
بالضرورة أن العمل ظالم أو عادل ، طبقا لاتفاقه مع للمقول » . على أن  
جروسىوس ، عند ما فصل قواعد القانون الطبيعى ، أقر كثيرا من العادات  
التي كانت متبعة فى زمنه على ما فيها من قسوة وشدة ، فقد أقر الرق  
والاستعباد والفتنح ، أى استعباد الانسان للانسان واستعباد الدولة للانسان  
واستعباد الدولة للدولة . فالأصل عنده أن الانسان حر طبقا للقانون الطبيعى ،  
ولسكنه يفقد حريته على أثر حرب تقوم ، ويستطيع أن يتنازل عن هذه  
الحرية بمقد يبرمه ، واذا كان الانسان يستطيع أن يتنازل عن حريته  
فالأمة تستطيع أن تفعل ذلك أيضا فتضع نفسها فى كنف أمة أخرى تكون  
سيدها لها على أن تظلمها بمجانيها .

أما هبز (١٥٨٨ - ١٦٧٩) ولوك (١٦٣٢ - ١٧٠٤) وروسو وهبز ولوك وروسو  
حيث يفتقون : (١٧١٢ - ١٧٧٨) فقد اتفقوا جميعا فيما يأتى : (أولا) كانت الناس

عهد الفطرة  
العقد الاجتماعي

حيث يختلفون :  
طرفا العقد  
أثر العقد

تعيش قبلا في عهد الفطرة قبل أن ينتظموا في الجمعية البشرية (ثانيا) لما كان من المتعذر البقاء في هذه الحالة فإن الناس أبرموا عقدا اجتماعيا (Contrat social) بمقتضاه انتقلوا من عهد الفطرة الى عهد النظام . ولكن الفلاسفة الثلاثة اختلفوا عند ما أراد كل منهم تحديد طرفي العقد الاجتماعي وأثر هذا العقد ، وفقا للقانون الطبيعي الذي تصوره . فرأى هبز أن العقد قديم بين أفراد الناس جميعا ، ولم يكن السلطان طرفا فيه ، على أن تتنازل الناس عن حرياتهم الطبيعية للسلطان ليقم النظام بينهم وللسلطان السيطرة المطلقة على الناس ، وله أن يستبد بالأمر فيهم ، فإن الاستبداد خير من الرجوع الى حالة الفوضى . وكان هبز في نظريته هذه نصيرا للحكومة الاستبدادية التي كانت قائمة في إنجلترا في عهده : ورأى لوك ، وكان من أنصار الملكية المقيدة واثري يدافع عن الثورة الانجليزية التي شبت في سنة ١٦٨٨ ، ان العقد الاجتماعي قد أبرم بين الشعب والسلطان ، على ان يتنازل أفراد الشعب عن جزء من حرياتهم الطبيعية ليتمتعوا بالجزء الباقي ، فاذا أخل السلطان بتعهده من تمكين الناس من التمتع بالجزء الممكن من حرياتهم الطبيعية ، جاز للشعب ان يفسخ العقد الذي أبرمه مع السلطان . وان ينتقص عليه ، وتكون الثورة في هذه الحالة مشروعة . ورأى روسو ، وهو من أنصار سلطان الشعب ، ان العقد الاجتماعي انما أبرم ما بين أفراد الشعب جميعا على ان يتنازلوا عن حرياتهم الطبيعية للشعب نفسه ، اذ لا يوجد سلطان غير الشعب ، ويستفيضوا عن هذه الحريات الطبيعية بحريات مدنية ، يكونون أمر الاشراف عليها الى وكيل يقيمونه ، لهم حق عزلها اذا أخل بواجبات الوكالة . وليس الضعف في هذه النظريات جميعها راجعا الى انها افترضت وجود عقد اجتماعي لم يثبت التاريخ وجوده ، فإن الفلاسفة الثلاثة لم يقولوا بالعقد الاجتماعي كحقيقة تاريخية ، بل قالوا به كتفسير معقول يكفون به

منصف نظرية العقد  
الاجتماعي

الروابط الاجتماعية - وأما الضمف الحقيقي يرجع الى القول بأن الناس عاشوا قبل اى عهد الفطرة قلم تنظمهم جمعية بشرية ، والواقع من الأمر ان الجمعية البشرية وجلت منذ وجد الانسان ، ولم يمض الانسان ولا يستطيع ان يعيش الا فى المجتمع .

٣٠ — مذهب القانون الطبيعى فى عهد الثورة الفرنسية

وقانونه نابليون

الثورة الفرنسية  
اعلان حقوق الانسان

وقد تأثرت الثورة الفرنسية الى حد كبير بمذهب القانون الطبيعى ، وكانت فى تأثيرها خاضعة لنظريات روسو فى الحرية والمساواة . واحتذت كذلك مثل الثورة الامريكية حيث أعلنت حكومات امريكا بعد استقلالها مبادئ مشتقة من مذهب القانون الطبيعى . وأعلنت الثورة الفرنسية « حقوق الانسان » (Déclaration des Droits de l'Homme) وهى حقوق تستند كلها الى مبادئ القانون الطبيعى ، ، وقد نصت المادّة الأولى منها على ما يأتى : تولد الناس وتبقى أحرارا متساوين أمام القانون<sup>(١)</sup> ونصت المادّة الثانية على ما يأتى : « الغاية من كل مجتمع سياسى هى المحافظة على حقوق الانسان الطبيعية ، التى لا تقبل السقوط بالتقادم . وهذه الحقوق هى الحرية والملكية والأمن ومقاومة التعسف<sup>(٢)</sup> .

قانون نابليون  
المشروع الأول

وقد كاد واضعوا قانون نابليون أن يسجلوا فى هذا القانون ما قرره

---

Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droit. (١)

Le but de toute association politique est la conservation des (٢)  
droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la propriété, la sécurité et la résistance à l'oppression.

الثورة الفرنسية في « اعلان حقوق الانسان » من وجود قانون طبيعي عام ثابت لا يتغير . فجاء المشروع الأول لقانون نابليون تنص المادة الأولى منه على ما يأتي : « يوجد قانون عام لا يتغير ، هو مصدر كل القوانين الوضعية ، وهذا القانون ليس الا العقل من حيث انه يحكم كل البشر »<sup>(١)</sup> . ولكن هذا النص حذف من المشروعات التالية ، اذ اعتبر بمثابة اعتناق لمذهب فلسفي ، لا يتلاءم مع طبيعة النصوص التشريعية .

## المبحث الثاني

### مذهب التطور التاريخي

٣١ — كيف ظهر مذهب التطور التاريخي :

كان من شأن فلسفة الثورة الفرنسية أن تدعم مذهب القانون الطبيعي . وكانت حركة التقنين في فرنسا التي تمت في عهد نابليون متفقة مع هذا المذهب . ما دام هناك قانون طبيعي ثابت لا يتغير ، فان تقنين القانون الوضعي لا يتنافى اذن مع طبيعة القانون ، اذ يمكن للعقل البشري أن يكشف القانون الطبيعي ، وأن يسجله في كتاب ، ولا خوف على القانون من أن يصيبه الجود ، فانه ثابت أبدي .

اتفاق التقنين مع فكرة القانون الطبيعي

ومهما يكن من أمر ، فان الفرنسيين أتموا تقنين قوانينهم في السنين الأولى من القرن التاسع عشر ، وإطاعوا الى أنهم قد خطوا خطوة كبيرة في سبيل استقرار القوانين . وقد انتقلت عدوى التقنين الى بعض الأمم

ظهور مذهب التطور التاريخي ووقوفه ضد التقنين

(١) Il existe un droit universel et immuable, source de toutes les lois positives, il n'est que la raison naturelle, en tant qu'elle gouverne les hommes.



الأخرى كالمسا . وقام تيبو Thibaut في ألمانيا ينادى بتقنين القانون الألماني . فتصدى له سافيني Savigny القليه الألماني المعروف وزعيم المدرسة التاريخية ، وقال بضرر التقنين في رسالة مشهورة ، نشرت في سنة ١٨١٤ ، وكان لها دوى كبير في عالم القانون ، فقد أرخت مذهبا جديدا هو مذهب التطور التاريخي .

مذهب التطور  
التاريخي رد فعل  
لمذهب القانون  
الطبيعي

واقعد كانت فكرة التطور موجهة الى القرن الثامن عشر ، لذلك كان على فلاسفة القانون أن يبخاروا في النظر الى القانون بين أن يروه مشيئة تحكمية صادرة من هيئة عليا أو قانونا طبيعيا ثابتا لا يتغير . فتغلبت فكرة القانون الطبيعي ، و بقيت متغلبة حتى آخر القرن الثامن عشر . ثم ظهرت فكرة التطور التاريخي ، قال بها بعض الفلاسفة في القرن الثامن عشر ، ومنهم مونتسكيو Montesquieu صاحب كتاب «روح الشرائع» ولكن الفكرة لم تصبح مذهبا الا على يد هيجو (١٧٦٨ — ١٨٤٤) وسافيني (١٧٧٩ — ١٨٦١) في أول القرن التاسع عشر . فأصبح فلاسفة القانون وعندهم مذهب ثالث في تحليل طبيعة القانون .

فمذهب التطور التاريخي كان في الواقع من الأمر رد فعل لمذهب القانون الطبيعي ، بعد أن ساد هذا للمذهب مدة طويلة وتدعم بالثورة الفرنسية .

### ٣٢ — المبادئ التي قام عليها مذهب التطور التاريخي :

القانون متغير في  
المكان وفي الزمان

يقوم مذهب التطور التاريخي على مبدئين :  
(أولا) لا يوجد قانون طبيعي عام ثابت لا يتغير . بل القانون متغير ، يتطور وفقا لحاجات كل أمة وظروفها . فالقانون كاللغة ، ينشأ في البيئة الاجتماعية ، وينمو نموا ذاتيا ، ويتطور متأثرا بعوامل البيئة الاقليمية والجوية والدينية والاجتماعية والاقتصادية والسياسية . فيولد القانون وينمو ويتغير كظهور من المظاهر الاجتماعية المتنوعة .

ويتبين مما تقدم أن مذهب التطور التاريخي ، خلافا لمذهب القانون الطبيعي ، يرى أن القانون ليس عاما وليس ثابتا . فلكل أمة قانونها الخاص بها ، هو المتفق مع حاجاتها . وقانون كل أمة لا يبقى على حالة واحدة ، بل هو يتطور مع تطور البيئة الاجتماعية . فالقانون اذن متغير في المكان وفي الزمان .

(ثانيا) ما دام القانون هو خلق البيئة وثمرتها ، فان غرضه يكون على نحو غير محسوس ، فهو منبث من ضمير الأمة ومن شعور المجتمع . لذلك لا يكون للقانون غاية يحققها ، وليست هناك ارادة عاقلة تسيره وتكيفه ، فهو يتطور لا يطور .

القانون يتطور لا يطور على نحو غير محسوس ودون غاية

### ٣٣ - مهاجمة مبادئ مذهب التطور التاريخي :

وسنرى فيما يلي أن مذهب التطور التاريخي قد هوجم بدوره وأن مذهب القانون الطبيعي ، بعد أن انتكس في أوائل القرن التاسع عشر تحت تأثير هجمات المدرسة التاريخية ، عاد الى الانتعاش وكر على هذه المدرسة ، وهاجم من مبادئها ما يقرر أن القانون متغير في المكان وفي الزمان ، وأنه لا توجد وحدة تجمع ما بين قوانين الأمم المختلفة . واتخذ المذهب اسما جديدا ، فأصبح يدعى بمذهب القانون الطبيعي ذي الحدود المتغيرة .

مهاجمة المبدأ الأول :  
مذهب القانون الطبيعي ذي الحدود المتغيرة

ثم ظهر مذهب آخر ، هو مذهب الناية الاجتماعية ، يجعل تطور القانون خاضعا لارادة مؤثرة ، ومتمشيا مع غاية اجتماعية مرسومة . وبذلك يكون مذهب التطور التاريخي قد هوجم في ناحيته .

مهاجمة المبدأ الثاني :  
مذهب الناية الاجتماعية

## المبحث الثالث

### مذهب القانون الطبيعي ذى الحدود المتغيرة

#### ٣٤ - للقانون عنصر ثابت وآخر متغير :

عيب المدرسة  
التاريخية فى كل  
وحدة ما بين القوانين

رأينا أن مذهب القانون الطبيعي قد انتكس فى أوائل القرن التاسع عشر ، واهتزت حملات للمدرسة التاريخية . ولكنه ما لبث أن انتعش بعد ذلك ، وهاجم بدوره المدرسة التاريخية فى ناحيتها الضعيفة . فأن عيب المدرسة التاريخية الظاهر أنها جعلت لكل أمة قانونا خاصا بها ، وهو قانون متغير . ولم تحاول أن تربط ما بين قوانين الأمم للتغايرة ، وأن تجعلها منسجمة فى ضرب من الوحدة ينظمها جميعا . لذلك وجه أنصار مذهب القانون الطبيعي فى القرن التاسع عشر جهودهم الى هذه الناحية .

القانون ثابت فى  
أساسه متغير فى  
تفصيلاته

وقد ابتدأوا بالاعتراف بما فى مذهب المدرسة التاريخية من حق ، وسلموا بأن لكل أمة قانونا يتلاءم مع حاجاتها الخاصة ، وهو وليد التطور الاجتماعى وخلق البيئة . ولكنهم يرجعون بعد ذلك الى مذهبهم فى القانون الطبيعي ، فيقررون أن هذه القوانين المتغايرة تتجمع كلها حول مبادئ أساسية ثابتة ، وهذه المبادئ الأساسية هى القانون الطبيعي الذى لا يتغير فى المكان ولا فى الزمان . فالقانون الطبيعي إذا ثابتا لا يتغير ، فأنما يكون ذلك فى مبادئه الأساسية التى تسود مشتملاته التفصيلية ، وهذه المشتملات التفصيلية تتغير من أمة الى أمة ومن جيل الى جيل ، وتتطور متأثرة بالعوامل الاجتماعية المختلفة . فهناك إذن قانون طبيعى ثابت فى

أساسه ، متغير في تفصيلاته ، وهو القانون الطبيعي ذى الحدود المتغيرة  
(Droit naturel à contenu variable) كما دعه ستاملر (Stammler).  
الفقيه الألماني المعروف .

أنصار القانون الطبيعي ذى الحدود المتغيرة في الوقت الحاضر  
ومذكب مذهب القانون الطبيعي هذه الرونة من مذهب المدرسة التاريخية ، واعترف بتطور القانون ، وفقا لظروف المكان والزمان ، تطورا يثير من تفصيلاته دون أن يمس الأساس ، كثر أنصاره وعادت فلاسفة القانون في الوقت الحاضر الى الدفاع عنه . ومن الفقهاء الذين دافعوا عنه في فرنسا بيدان (Beudant) وشارمون (Charmont) ، وفي ألمانيا هيجل (Hegel) وستاملر (Stammler) . ويعتبر هيجل زعيم مدرسة القانون الطبيعي ذى الحدود المتغيرة .

### ٣٥ — تطبيقات القانون الطبيعي ذى الحدود المتغيرة : المبادئ الأساسية

ونورد مثلا على كيفية تطبيق القانون الطبيعي ذى الحدود المتغيرة :  
يمكن القول بأن الفرد ، حتى يعيش في المجتمع ، يجب أن يتمتع بحقوق  
جوهرية ، هي الحق في الحياة وفي السلامة ، والحق في الحرية ، والحق في  
الأسرة ، والحق في الملكية ، والحق في احترام تعاقد ، والحق في التمويض  
عن الضرر الذي يصيبه ، والحق في عدم إثراء الغير على حسابه .

تطبيقاتها التفصيلية  
الحق في الحياة  
هذه هي المبادئ الجوهرية التي لا تتغير لا في المكان ولا في الزمان . فإذا ما أردنا تطبيقها وجدنا أن الحق في الحياة لم يعترف به في  
القديم لطوائف من الناس منهم الرقيق والمدين وأسير الحرب وينكر اليوم  
على القاتل ، ولا ندرى هل يبقى هذا الحق منكرا حتى على القاتل ، فإن  
من الفلاسفة من يرى إلغاء عقوبة الاعدام . وكذلك الحق في الحرية

بأنواعها من حرية الرأي وحرية الدين وحرية الاجتماع ، يتخذ صورا وأشكالا تختلف باختلاف الأمم واختلاف المصور ، فالبشيفية مذهب لا بد من اعتناقه في روسيا ويمجوز اعتناقه في فرنسا ، ويمجرم اعتناقه في مصر . وكذلك موقف الأمم نحو الدين يختلف اختلافا كبيرا ، فمنها من تتخذ دينا رسميا ولا تبيح غيره ، ومنها من تتخذ دينا رسميا وتبجح اعتناقه غيره ، ومنها من لا تتخذ دينا رسميا وتبجح اعتناقه كل الأديان . والأسرة قد تطورت ، فبعد أن كانت أمية صارت أبوية ، ويختلف موقف الأمم تجاه بعض مسائل تتعلق بالأسرة ، كتمدد الزوجات والطلاق اختلافا كبيرا ، والملكية كانت مشتركة ، ثم صارت فردية في بعض المنقولات ، ثم في البعض الآخر ، ثم شملت العقار . ونطاق الملكية والقبيود التي تحدها ، وأنواعها من ملكية مفرزة أو شائعة ومن ملكية مادية أو معنوية ، كل هذا يختلف اختلافا كبيرا من أمة إلى أمة ومن جيل إلى جيل . وكل مثل ذلك في العقد والعمل الضار والائراء على حساب الغير . فهناك إذن مبادئ أساسية تبقى واحدة لا تتغير ، ولكن تطبيق هذه المبادئ تطبيقا تفصيليا يختلف باختلاف الأمة والعصر .

### ٣٦ — تقدير مذهب القانون الطبيعي بنوعه

عيب مذهب القانون الطبيعي هو أنه لا يعطينا قانونا طبيعيا يجمع بين أن يكون صحيحا وعمليا . فالقانون الطبيعي الثابت قانون على غير صحيح ، والقانون الطبيعي ذي الحدود المتغيرة قانون صحيح غير على . وذلك أن القانون الطبيعي الثابت ينزل إلى تفاصيل الحياة وينحدر إلى تفصيلاتها ، فهو على من هذه الوجهة ، ولكنه غير صحيح ، لأن القانون الذي ينزل إلى كل هذه التفاصيل يتغير بتغير الأمة والجيل ، فليس صحيحا أن يقال

القانون الطبيعي  
الثابت : على غير  
صحيح

القانون الطبيعي ذو الحدود المتغيرة  
صحيح غير عملي  
بأنه قانون ثابت . والقانون الطبيعي ذى الحدود المتغيرة ، إذا كان صحيحا  
لأن مبادئه الأساسية لا تتغير ، فهو غير عملي ، لأن هذه المبادئ الأساسية  
لا تصلح للتطبيق العملي المباشر على تفصيلات الحياة ، أما ما يصلح منه  
للتطبيق العملي فتفصيلاته المتغيرة .

ومن ذلك نلص ضعف القانون الطبيعي فهو ان كان صحيحا يكون  
غير عملي ، وإذا كان عمليا يكون غير صحيح .

## المبحث الرابع

### مذهب الغاية الاجتماعية

#### ٣٧ - الغاية والكفاح في القانون

الغاية

يعتبر اهرنج ( Ihering ) ( ١٨١٨ - ١٨٩٢ ) الفقيه الألماني للعروف  
زعيم مذهب الغاية الاجتماعية . فنه أن القانون لا يتطور تطورا أعمى الى  
غير غاية ، بل ان نشوءه وتطوره انما يكون طبقا لغاية مرسومة ، وان عامل  
الارادة البشرية في تطوير القانون عامل لا ييجوز اغفاله ، بل إن عامل  
الارادة هنا قد يشتد حتى يصبح ارادة عنيفة ، بل كفاحا مستمرا ، يوجه  
القانون الى الغاية التي تتوخى . ومن تلك نرى أن اهرنج قد بنى القانون  
على أساسين : ( ١ ) الغاية ( But ) ( ٢ ) والكفاح ( Lutte ) .

#### ٣٨ - قانونه السبب وقانونه الغاية :

ويعتبر اهرنج حقيقة لا شك فيها هي أن الظواهر الطبيعية تخضع  
لقانون السبب ، أما الظواهر الاجتماعية والأدبية فانها تخضع لقانون الغاية  
فالجسم يهبط من أعلى الى أسفل بسبب الجاذبية ، والانسان يتصرف

الظواهر الطبيعية :  
قانون السبب  
الظواهر الاجتماعية :  
قانون الغاية

تصرفا معينا للوصول إلى غاية معينة . والاسفنج إذا شرب الماء فأتما يخضع بذلك القانون السبب ، أما الانسان اذا شرب الماء فأتما يخضع لقانون الغاية والفرق بين السبب والغاية يتلخص فيما يأتي : (١) السبب سابق على المسبب ، اما الغاية فلا حصة للوسيلة . (٢) السبب أعمى ، والغاية مبصرة . (٣) السبب محتم ، والغاية غير محتمة .

هل الانسان لابد له من غاية

### ٣٩ - القانون وسير الغاية :

ولما كان القانون ظاهرة إجتماعية ، وكانت كل ظاهرة إجتماعية تخضع لقانون الغاية ، فالقانون ليس اذن الا وسيلة لتحقيق غاية . والانسان لا يصدر في عمله الا عن غاية يريد تحقيقها ، حتى الجنون ، له غاية يرسمها لنفسه ، وان كانت غاية مضطربة ، فوجود الغاية لا ينقصه ، وان نقصه استقامة هذه الغاية .

حب الذات وحفظ الذات :  
القوة والالم

والغاية من القانون هي حفظ المجتمع . ولما كانت الطبيعة تتكفل بالتوفيق بين حفظ الذات وحب الذات من طريق اللذة الألم ، بأن تجعل كل عمل يحفظ الذات مقرونا باللذة التي يدفع اليها حب الذات ، وكل عمل يهدد الذات مقرونا بالألم التي يبعد عنه حب الذات ، كذلك القانون يتكفل بالتوفيق بين حب الذات وحفظ المجتمع من طريق الثواب والعقاب ، فيجعل لكل عمل يحفظ المجتمع ثوابا يدفع اليه حب الذات ، ويجعل لكل عمل يهدد المجتمع عقابا يجنبه حب الذات . فالقانون ، وهو الذي ينظم الروابط الاجتماعية ، ليس الا وسيلة لتحقيق غاية المجموع من وراء تحقيق الغايات الشخصية للأفراد ، بعد التوفيق بين هذه الغايات الشخصية وغاية المجموع ، من طريق الثواب والعقاب .

حب الذات وحفظ المجتمع :  
الثواب والعقاب

القانون وسيلة لغاية  
مبصرة

فالقانون أذن وسيلة لغاية مبصرة يراد تحقيقها . والانسان فى ذلك يسير على هدى غايته سيرا إيجابيا ، ولا يقتصر على أن يقف موقفا سلبيا ، يشاهد القانون وهو يتطور من تلقاء نفسه . بل هو يؤثر فى القانون بفعله ؛ وكيف تطوره . بل هو يقوم بأكثر من عمل إيجابى ، يقوم بكفاح عنيف ، الكفاح فى القانون حتى يغير من اتجاه القانون اذا حاد عن الطريق الموصل للغاية . وقد يقتضى هذا منه عملا عنيفا بالنسبة فى العنف ولكن تخدم القانون ومسايرته لحاجاته المدينة المتطورة لا يشتري الا بهذا الثمن .

#### ٤٠ - صريّة مذهب الغاية :

الموقف الإيجابى

من مزايا الغاية الاجتماعية أنه يجانب ما وقع فيه مذهب التطور التاريخى من المبالغة فى تصوير القانون تطورا يقع من تلقاء نفسه ، وينزع من « ضمير الأمة » وهو تطور أعمى لا فصد له ولا غاية . فتنظرية أهرنج تجعل للقانون غاية يحتملها هى حفظ المجموع ، فإذا كانت هناك قاعدة قانونية أصبحت غير صالحة لتحقيق هذه الغاية وجب أن تتغير ، ولواقضى تغييرها كفاحا ونضالا . فالنظرية إذن تستغزى العزيمة وتبعث على العمل . وتنفض غبار الانكسار الذى يترام فى مذهب التطور التاريخى ، وهو المذهب الذى يدع الانسان يكتف يديه مكتفيا بأن ينظر القانون يتطور .

الكفاح

والواقع من الأمر أن القانون من عمل الانسان ، يريد . ويكافح فى سبيل تحقيق ما يريد . وما الحركات الكبرى التى خطت بالانسانية الى الأمام إلا حركات قامت على كفاح عنيف ، ثم خرجت فائزة من هذا الكفاح . هكذا قامت حركات التحرير . تحرير الرقيق ، وتحرير المرأة ، وتحرير الشعوب وتحرير العمال .



## المبحث الخامس

### مذهب التضامن الاجتماعي

ديجيه زعيم مذهب  
التضامن الاجتماعي

٤١ - المسمى الذي يقوم عليها المذهب

يعتبر ديجيه (Duguit) زعيم القائلين بمذهب التضامن الاجتماعي من رجال القانون . وقد بسط مذهب في مؤلفات له كثيرة . وهو يبسطه على أنه مذهب علمي واقعي (Positive) ، بعيد كل البعد عن التأثر بالميتافيزيكا (Métaphysique) ، والميتافيزيكا تختلف عن العلم في أنها تبحث في الأصل الأول للأشياء ، فلا تقف عند الشكل والصورة ، بل تتجاوز ذلك الى الجوهر والمهيولى . وهذا الاصل الأول هو المجهول الواجب الوجود . ولا وسيلة لادراكه غير العقل . أما العلم فتقتصر دائرته على الواقع المحسوس ، ولا شأن له بالمجهول الذي لا يقع تحت الحس ولا يخضع للتجارب . فالتجارب والعقل هما الوسيلتان للبحث العلمي .

ركنا المذهب :  
الحقائق الواقعة  
يستخلص من النتائج

ولما كان مذهب ديجيه مذهبا علميا واقعيا ، يصدر عن الملاحظة والتجارب وتسجيل الواقع ثم هو يستخلص النتائج المعقولة من كل ذلك ، كان من الطبيعي أن يقوم مذهب على ركنين :  
(أولا) ما يقدره من الحقائق الواقعة (ثانيا) ما يستخلصه من النتائج  
من هذه الحقائق الواقعة الآتية :

٤٢ - الحقائق الواقعة في مذهب التضامن الاجتماعي

يسجل المذهب الحقائق الواقعة الآتية :

(١) وجود المجتمع ، مما لاشك فيه أن الانسان يعيش في المجتمع ، (١) وجود المجتمع

وانه كان دائماً يعيش في المجتمع ، ولا يستطيع ان يعيش الا في المجتمع . فالمجتمع اذن حقيقة واقعة . على ان للانسان ايضاً ذاتيته المستقلة عن المجتمع ، فله حاجاته الشخصية وميوله وآماله ، ولكن هذه الحاجات والميول والآمال لا يستطيع ان يرضيها الا في المجتمع وبالمجتمع .

(٢) وجود التضامن

(٢) وجود التضامن الاجتماعي : ومادام الانسان يحسن ذاتيته ولا يستطيع ان يفي بحاجاته الا في المجتمع ، فانه يرتبط بأفراد المجتمع ارتباط تضامن . والتضامن عند ديجيه حقيقة واقعة علمية لا مثل أعلى ميتافيزيكي . وتتسع دائرة التضامن مع تقدم المدنية . فقد كان الانسان يرتبط بالرهط من الناس (Horde) يعيش معهم متضامنين في الدفاع عن النفس وفي توفير وسائل العيش . ثم ارتبط بأفراد الاسرة (Famille) فزادت وشائج القرابة توثيق اسباب التضامن . ثم ارتبط بأفراد المدينة (cité) وهي مجموعة من الاسر يرتبط ما بينها التقاليد والمعتقدات المشتركة . ثم ارتبط بأفراد الامة (Nation) وجمع بينه وبينهم روابط القانون والحكومة واللغة والدين والتقاليد ، وما يملأ الماضي من احداث ، وما يزخر به من كفاح وجهاد ، وما يسجله من هزيمة وانتصار . وقد يرتبط بأفراد الانسانية جميعا في المستقبل البعيد .

(٣) تضامن الاشتراك وتضامن التقسيم : والتضامن الاجتماعي

( ٣ ) تضامن  
الاشتراك وتضامن  
التقسيم

ضربان ، تضامن اشتراك (solidarité par similitude) وتضامن تقسيم (solidarité par division du travail) . فتضامن الاشتراك يأتي من اشتراك الناس في حاجات واحدة ، فيتضامنون جميعا للحصول عليها ، كما يكون الأمر بين أفراد الاسرة الواحدة . وتضامن التقسيم يأتي من اختلاف الناس في حاجاتها وفي قدرتها على تحصيل هذه الحاجات ، فيقسم العمل

فيا بينهم ، يقوم كل منهم بما يستطيع القيام به ، ويبادل الآخرين ماعنده  
بما عندهم . وتضامن التقسيم هو الذى يسود شيئا فشيئا مع تقدم المدينة ،  
لان الناس مع تقدم المدينة تزيد تباينا فى كفاياتها وفى حاجاتها فيجئ كل  
فريق الى التخصص .

### ٤٣ - النتائج المستخلصة من هذه الحقائق

بعد ان يفرغ ديبجيه من تقرير الحقائق الواقعة يستخلص منها نتيجة  
ايجابية وأخرى سلبية فالنتيجة الايجابية هى تأكيد وجود القاعدة القانونية  
(Droit objectif) والنتيجة السلبية هى انكار وجود الحق الفردى  
(Droit subjectif)

(١) وجود القاعدة  
القانونية

(١) وجود القاعدة القانونية

يستخلص ديبجيه من الحقائق التى قررها قاعدة قانونية جوهرية هى  
أساس سائر القواعد القانونية ، ويصوغها فى العبارة الآتية : يجب الامتناع  
عن كل ما يخيل بالتضامن الاجتماعى فى أية صورة من صورته ، ويجب  
القيام بكل ما من شأنه أن يحقق هذا التضامن وينميه . وعند ديبجيه أن  
كل القانون يقوم على هذه القاعدة الجوهرية ، وأن القانون الوضعى  
(positive law) ليس الا تطبيقا لهذه القاعدة .

قاعدة ملزمة للفرد  
والدولة

والقاعدة ملزمة للفرد وملزمة للدولة . أما الزامها للفرد فعناه أن كل  
إرادة فردية تقوم على أساس التضامن الاجتماعى ، ويكون من شأنها أن  
تحققه ، يجب أن تكون نافذة منتجة لآثارها . وكل ارادة لا تتفق مع  
التضامن الاجتماعى لا يكون لها أثر . أما الزامها للدولة فعناه أن الحكومة  
ملزمة بتمكين الفرد انيان كل عمل يحقق التضامن الاجتماعى ، وملزمة باتخاذ  
قاعدة التضامن الاجتماعى أساسا لها فى الادارة وفى القضاء وفى التشريع .

والتشريع بنوع خاص يجب أن يكون قائما على أساس التضامن الاجتماعى  
ومحققا له .

قاعدة التضامن الاجتماعى ثابتة فى أساسها متغيرة فى تطبيقاتها .  
مثل ذلك أن مقتضى تضامن الاشتراك هو احترام المساواة بين الأفراد ،  
وتطبيق ذلك واضح فى الخدمة العسكرية وفى الضريبة التصاعدية وفى  
التعليم الإلزامى . ومقتضى تضامن الاشتراك أيضا هو احترام نشاط كل  
فرد فى حدود احترام نشاط الآخرين ، وتطبيق ذلك واضح فى علم تقييد  
حرية العمل وفى عدم تقييد حق الفرد فى ملك ثمرة عمله والاحتفاظ بها  
وفى عدم الترخيص باحتكار وسائل الانتاج . ومقتضى تضامن الاشتراك  
أخيرا هو احترام النشاط الأدبى لكل فرد ، وتطبيق ذلك واجب فى  
وجوب إطلاق حرية الرأى والدين والاجتماع والتعليم والصحافة . والى  
ملزمة كذلك بتحقيق تضامن التقسيم ، فالمساواة التى تحترمها ليست هى  
المساواة الحسابية بل المساواة التى تتناسب مع كفاية كل فرد . ولا يجوز  
للدولة أن تلزم الفرد بحرفة معينة ، أو أن تقفل باب حرفة معينة فى وجهه ،  
أو أن تعيد نظام الطوائف الصناعية . وإلى جانب هذه الالتزامات السلبية  
توجد التزامات ايجابية . كحفظ الأمن العام والاشراف على الصحة العامة  
وايجاد عمل للأصحاء ومساعدة المرضى والعاجزين ، وحماية الحريات العامة  
حماية ايجابية وحماية حق الملكية وحماية المال .

(٢) عدم وجود  
الحق الفردى

٢ — عدم وجود الحق الفردى

ويذهب ديجيه الى أن الفرد ليس له حقوق مستمدة من شخصه  
من حيث أنه إنسان . بل عليه واجب هو أن يقوم بنصيبه فى التضامن

الاجتماعى . واذا كان له هذا الحق فذلك هو أن يقوم بواجبه فى تحقيق هذا التضامن .

#### الحرية ووظيفة اجتماعية

فالحرية ليست حقاً للفرد . بل هى وظيفة اجتماعية ، تمكن الفرد من تنمية شخصيته واعداده لتحقيق التضامن الاجتماعى ، فيجب تقييمها وفقاً لمقتضيات هذه الوظيفة ، فلا يجوز أن يكون الانسان حراً فى أن ينتحر أو يدخل فى مبارزة ولا فى أن يقوم بألعاب خطيرة من شأنها أن تعرض حياته للخطر .

#### الملكية ووظيفة اجتماعية

والملكية كذلك ليست حقاً للفرد ، هى وظيفة اجتماعية . والملكية الفردية تدوم مادامت تقوم بوظيفتها الاجتماعية . ووظيفة الملكية الفردية فى المدينة الحاضرة أنها تحقق التضامن الاجتماعى ، اذ أن هذا التضامن يقتضى أن يستولى كل عامل على ثمرة عمله ، وأن يستطيع ادخاله ، بل أن يورث عنه ، حتى تتولد الملكية الفردية ، وتقوم بنصيبها فى الانتاج ، وهى أحد أركانها الهامة . فالمالك ينظر اليه اذن كشخص عليه واجب يقوم به فى تحقيق التضامن الاجتماعى ، ووظيفة اجتماعية يؤديها . ومادامت للملكية وظيفة اجتماعية ، فاستعمالها فى غير تأدية هذه الوظيفة لا يجوز ، وتترتب مسؤولية المالك اذا استعمل ملكه فى الاضرار بالغير أو أساء استعمال هذه الملكية . كذلك لا يجوز للمالك أن يمنع الغير من أن يستعمل ملكه هو فيما لا يتعارض مع الوظيفة الاجتماعية ، كأن يمد الغير أسلاكاً للكهرباء فوق أرضه ، أو أن يطير محلقاً فوق جوه ، أو أن يأخذ ماء من ترعته يفيض عن حاجته بعد أن يعطيه التمرىض المناسب . على أن للملكية الفردية باعتبارها وظيفة اجتماعية ، لا يجوز أن تبقى الا فى الظروف التى تبررها ، أما اذا تغيرت الظروف ، وتحورت وسائل الانتاج وأصبحت

للكية الفردية لا تقوم بوظيفتها الاجتماعية ، فانها يجب أن تزول .

#### ٤٤ — نهر مذهب التضامن الاجتماعي :

يتبين بوضوح مما قدمناه أن ديجيه يزعم أنه خصم لنود الميتافيزيكا  
وخصم لنود لمذهب القانون الطبيعي ، وأن مذهب على واقسى . والواقع  
من الأمر أن مذهب لايسلم من الميتافيزيكا حتى في أسسه الجوهرية ، وهو  
قريب من مذهب القانون الطبيعي ذو الحدود المتغيرة .

أما أن مذهب لايسلم من الميتافيزيكا فذلك أنه يقرر حقيقة واقعة  
هى حقيقة التضامن الاجتماعى . ثم يزعم بعد ذلك أن النظام الاجتماعى يقوم  
كله على هذه الحقيقة دون غيرها أما انه يقوم عليها فهذا صحيح . واما أنه  
يقوم عليها وحدها فهذا غير صحيح اذ أن هناك حقائق أخرى غير حقيقة  
التضامن الاجتماعى يقوم عليها المجتمع بل أن هناك حقيقة مناقضة كل  
المناقضة لحقيقة التضامن الاجتماعى ، هى حقيقة التنافس والتناحر ما بين  
الأفراد وتنازع البقاء ، لها أثر فى نظام المجتمع لا يقل فى القوة عن  
أثر التضامن .

المذهب ميتافيزيكي  
لاواقسى

بقى أن يقول ديجيه ولكن القانون يجب أن يبنى على التضامن لاعلى  
التنازع ، ولكنه يكون بذلك قد انتقل من دائرة الواقع الى دائرة الواجب  
أى من دائرة العلم الى دائرة الميتافيزيكا .

وأما مذهب قريب من مذهب القانون الطبيعي ذى الحدود المتغيرة  
فذلك ظاهر فان ديجيه يقرر قاعدة جوهرية هى قاعدة التضامن ، ثم يقول  
أن هذه القاعدة الجوهرية ثابتة في أساسها متغيرة فى تطبيقاتها ويورد  
تطبيقات متغيرة تدور كلها حول القاعدة الجوهرية ومذهب القانون  
الطبيعى ذى الحدود المتغيرة لا يقول بنير ذلك ، فهو يورد أساسا معقولا

وهو قريب من مذهب  
القانون الطبيعي  
ذى الحدود المتغيرة

يبني عليه نظام المجتمع ، ثم يطبق هذا الأساس تطبيقا يختلف باختلاف البيئة والجيل .

## المبحث السادس

مذهب العلم والصياغة

٤٥ — العلم والصياغة في القانون :

يذهب جنى (Geny) في كتابه المعروف « العلم والصياغة في القانون الخاص » (Science et Technique en Droit Privé) ، الى أن القانون شيء معقد في طبيعته ، ولا بد من تحليله تحليلا دقيقا حتى تبين ماهيته ، وعنده ان القانون يشتمل على عنصرين العلم والصياغة .

العلم فالعلم (Science) ، بالمعنى الواسع الذى يريد جنى ، هو المادة التى يستخلصها العقل من طبيعة الروابط الاجتماعية المتطورة ، مستهديا بمثل أعلى ينير طريقه . فالعلم اذن هو المادة والجوهر .

الصياغة والصياغة (Technique) هى القالب التى تصاغ فيه هذه المادة حتى تصبح قابلة للتطبيق الملم . فالصياغة اذن هى الشكل والصورة . ولنبسط القول فى كل من هذين العنصرين :

### ١ - العلم

عوامل أربعة

٤٦ — العوامل الأربعة التى يتضمنها العلم .

يميز جنى فى العلم بين عوامل أربعة : ( ١ ) عامل الحقائق الواقعية (Données réelles, naturelles) عامل الحقائق التاريخية (Données historiques) ( ٣ ) عامل الحقائق العقلية (Données rationnelles) ( ٤ ) عامل الحقائق للثالية (Données idéales)

الاحوال المادية

— عامل الحقائق الواقعية .

ويشمل جميع الأحوال الطبيعية التي تحيط بالإنسان وتلحق به وهذه تتضمن الأحوال المادية كالتكوين الفسيولوجي والوسط الجغرافي ، والأحوال الأدبية كالحالة النفسية والحالة الخلقية والحالة الدينية ، والأحوال الاقتصادية والأحوال السياسية ، والأحوال الاجتماعية ، هذه الحقائق الواقعية هي للقانون مادته الأولى وجوهره والبيئة التي ينشأ فيها . فتل ذلك تنظيم عقد الزواج ، فانه يبنى على كثير من الحقائق الواقعية ، منها حقائق طبيعية كالتكوين الفسيولوجي لكل من الرجل والمرأة ، ومنها أحوال أدبية كالحالة النفسية لكل من الزوجين ، ومنها أحوال اجتماعية تتصل بمركز الرجل والمرأة في المجتمع وهكذا .

الاحوال الادبية  
الاحوال الاقتصادية  
والسياسية  
والاجتماعية

مثل ذلك : عقد  
الزواج

٤٨ — عامل الحقائق التاريخية

ويشمل التطورات التاريخية التي مرت بها النظم القانونية المختلفة . هذه الحقائق يستقرها الباحث من التاريخ ، وهي بمثابة مختبر للتجارب في القانون وفي العلوم الاجتماعية . مثل ذلك الملكية ، يقرنا التاريخ أنها مرت بأدوار متعاقبة من التطور ، فكانت في القديم ملكية مشتركة ثم ظهرت الملكية الفردية في بعض الحاجيات الشخصية للإنسان ، وفشت الملكية الفردية بعد ذلك في غير الحاجيات الشخصية ، واتسع نطاقها حتى شمل الارض والمقار . ومثل آخر الاسرة . بدأت أمة ، أى تنتسب الى الأم ، ثم تطورت أبوية أى تنتسب الى الأب . وكان للآب ( Paterfamilias ) سلطة الموت والحياة على أفراد أسرته وأخذ أفراد الأسرة يتحررون شيئاً فشيئاً من هذه السلطة ، حتى انتقلنا الى الأسرة الحديثة في تطور مستمر .

تطور النظم القانونية

مثل ذلك : الملكية

الاسرة



#### ٤٩ - عامل الحقائق العقلية

ويشمل القواعد التي يستخلصها العقل من الحقائق الواقعية والحقائق التاريخية ، فيصقل العقل هذه الحقائق ويحوّلها بحيث تصبح متفقة مع الغاية التي وجد من أجلها القانون . وهذه القواعد قليلة العدد عامة التطبيق ، وهي مبنية على العقل كما قدمنا . فهي اذن أقرب الى أن تكون أسس القانون الطبيعي الذي استمرضنا مذاهبه المختلفة على ما يمل به العقل كمثل عليا . مثل ذلك الزواج ، يوحى العقل انه يجب أن يكون اقترانا بين رجل وامرأة ، ثابتا مستقرا ، حتى تنشأ أسرة مدعمة الأركان ، ولكن عدم جواز الطلاق لا يعتبران من الحقائق العقلية بل من الحقائق المثالية وهي الحقائق التي تنتقل اليها الآن .

#### ٥٠ - عامل الحقائق المثالية

ويشمل للثل العليا التي يرتسمها الانسان للنهوض بالقانون في مدارج الكمال ، يستلهمها من العاطفة لا من التفكير ، ومن الايمان لا من العقل . وللثل العليا تنغير بتغير المدنية والبيئة والجيل ، ففي الزواج مثلا قد يكون من المثل العليا عدم تعدد الزوجات وعدم جواز الطلاق كما قدمنا . وفي اثبات النسب قد يكون من المثل العليا تيسير اثبات النسب الشرعي من طريق اقتراضات قانونية مع تقييد حق الأب في انكار أبوته ، وقد يكون الأولى تيسير اثبات النسب الطبيعي والاعتراف بالأسرة الطبيعية . ومن أثر الحقائق المثالية أن القانون يتطور في ظلها فلا يبقى جامدا ، حتى لو قامت الحقائق الواقعية والحقائق التاريخية والحقائق العقلية في جانب جمود القانون . كما تم الأمر فيما يتعلق بالناء الرق وبإيجاد مسئولية تبنى على مبدأ تحمل التبعة .

المأخوذة والايمان  
لا التفكير والعقل

نسبة النسل العليا  
الزواج والنسب

تطور القانون في  
ظل المثل العليا

٥١ - ملاحظاته :

عنصر العلم يتضمن  
قسما من كل مذهب  
من المذاهب المتقدمة

وقبل أن نفرغ من عنصر العلم في القانون نبسط ملاحظتين :  
للملاحظة الأولى أن هذه العوامل المختلفة من حقائق واقعية الى حقائق  
تاريخية الى حقائق عقلية الى حقائق مثالية قد أخذت من كل مذهب من  
المذاهب التي سبق استعراضها بقدر ما فيها من حق . فالحقائق الواقعية هي  
مذهب التضامن الاجتماعي والحقائق التاريخية هي مذهب التطور التاريخي .  
والحقائق العقلية هي مذهب القانون الطبيعي . والحقائق المثالية هي مذهب  
الناية الاجتماعية .

اتصال القاعدة  
القانونية من الواقع  
الى الواجب الى  
المطبق

الملاحظة الثانية أن القاعدة القانونية ، وهي لا تزال في دائرة  
الحقائق الواقعية والحقائق التاريخية تكون واقعا . ثم تنقلب من الواقع الى  
الواجب اذا انتقلت الى دائرة الحقائق العقلية والحقائق المثالية . وسنراها  
الآن ، اذا ما انتقلت من العلم الى الصياغة . تنقلب من الواجب الى المطبق .

## ٢ - الصياغة

٥٢ - نوعاه في الصياغة :

قدما ان الصياغة هي القالب الذي تصاغ فيه القواعد المستمدة من  
العنصر العلمي ، حتى تصبح قابلة للتطبيق العلمي وهي العنصر الهام في القانون ،  
وبها يتميز رجل القانون عن غيره .

الصياغة المادية والصياغة المنوية  
ويميز جنى بين نوعين من الصياغة : صياغة مادية  
(Procédés matériels) وصياغة معنوية (Procédés intellectuels).

## (١) - طرق الصياغة المادية

٥٣ - امتد على الصياغة المادية :

وتمثل جنى لطرق الصياغة للمادية بأمثلة نختار منها ثلاثة :

الكم والشكل  
والتقسيم

(١) الكم مكان الكيف - Quantification en place de quali-

fication (٢) الشكل (Forme) (٣) التقسيم (Classification) . ونقول

كلمة موجزة عن كل منها

٥٤ - الكم مقام الكيف :

ومعنى ذلك ان القانون يعدل عن وصف الشيء بكيفه الى تقديره  
بكمه . وبدلا من ان يصف الشيء وصفا يدع مجالا عند تطبيقه الى اختلاف  
الآراء ، يحده تحديدا عدديا يقف عند رقم معين لا يكون بعده قابلا للاختلاف  
في التطبيق . وهذه هي الصياغة القانونية للمادية التي ترمى الى استقرار التعامل  
حتى تكون القاعدة صالحة للتطبيق العلمي . مثل ذلك التقادم والتبين والربا  
الفاحش . ففي التقادم المطلوب صياغة للمعنى الآتى كل من وضع يده على عين  
مدة طويلة الى حد أن يتولد عند الناس الاعتقاد بأنه مالك للعين يملك  
العين بالفعل . فيصاغ هذا الوصف ، فينقلب من كيف الى كم ، وتصبح  
القاعدة القانونية بعد صياغتها كما يأتي :

أمثلة :

التقادم

كل من وضع يده على عين مدة خمسة عشر سنة باعتبار أنه مالك  
لها يصبح مالكا بالفعل ، وكذلك في التبين يحدد قدر التبين الفاحش بأنه  
التي يزيد على خمس قيمة الشيء ، فيحل التحديد العددي محل التحديد  
الوصفي . وكذلك الربا الفاحش يقدر الفحش فيه بما يزيد على ٩ ٪ .

التبين

الربا الفاحش

## ٥٥ - الشكل

والشكل طريقة أخرى من طرق الصياغة المادية . فهناك معان يصوغ لها القانون أشكالا وأوضاعا ورسوما ، حتى تصبح محدودة في الزمن ، مستقرة في التعامل . مثل ذلك بعض العقود الخطيرة التي يرى القانون التنبيه على خطورتها حتى لا يقدم عليها المتعاهد إلا وهو متثبت بما يقدم عليه ، كالمبة والرهن والتأمين . فعنى الخطورة هذا يصاغ اشكالا تشترط مراعاتها حتى يتم عقد المبة أو عقد الرهن ، ولا بد لتكوين هذين العقدين من كتابة رسمية بيد موظف مختص ، يدونها طبقا لأوضاع معينة . كذلك عند ما يشترط القانون الاثبات الكتابي فيما يزيد قيمته على مبلغ معين ، يكون قد لجأ أيضا الى الشكل ، وهو هنا الكتابة ، في اثبات العقد لا انعقاده . وقل مثل ذلك في اعلان التصرفات العقارية عند ما يوجب القانون تسجيلها أو قيدها ، وفي اجراءات الرافضات ، عند ما يشترط القانون اعلانات مكتوبة في مواعيد معينة واجراءات تتخذ في أوضاع محدودة .

التحديد من طريق  
الاشكال والأوضاع

أمثلة :

تكوين العقود  
الشكلية

اثبات العقود

اعلان التصرفات  
العقارية

اجراءات الرافضات

## ٥٦ - التقسيم

ويلجأ القانون الى هذه الطريقة في الصياغة للمادية عند ما تزدهم للمعانى ، ويدفع بعضها بعضا . فحتى ترتب هذه المعانى ، وتبين الصلة للنطقية بينها ، يعتمد القانون الى التقسيم . مثل ذلك العقد ، وهو تقابل ارادتين تقابلا يظهر أثره في للعقود عليه ، يضم تحت هذا التعريف عقودا شتى مختلفة الأنواع متباينة الأثر . فاذا عمدنا الى الصياغة من طريق التقسيم أسكن أن نقول أن العقد اما أن يقع على ملكية الشيء أو على

ترتيب المعانى  
ترتيبيا منطقيا

مثل ذلك :

تقسيم العقود

منفعة ، وهو اما أن يكون معاوضة أو تبرعا . فاذا وقع على ملكية الشيء معاوضة فهو بيع ، وان تبرعا فهو هبة ، واذا وقع على منفعة الشيء معاوضة فهو اجارة ، وان تبرعا فهو عارية .

## ب . طرق الصياغة المعنوية

### ٥٧ - أمثلة على الصياغة المعنوية

ويمثل جنس الصياغة للمعنوية بأمثلة نختار منها ثلاثة كذلك : الأوضاع الفرضية (١) الأوضاع الفرضية (Présomptions) (٢) الأوضاع الصورية والصورية والتصويرية (Fictions) (٣) الأوضاع التصويرية (Constructions) .

### ٥٨ - الأوضاع الفرضية :

ويلجأ اليها المشرع عند ما يتكرر حدوث شيء ويقلب وقوعه فيفرض القانون أن هذا الشيء واقع ، أخذنا بالأغلب ، واقرارا للتعامل . مثل ذلك القاعدة للمروفة التي تقضى بأن الحيازة في المنقول سند الملكية ، لجأ في وضعها المشرع الى الصياغة المعنوية ، اذ فرض أن كل حائز لمنقول بحسن نية مالك لهذا المنقول ، وهذا في الغالب يتفق مع الواقع . أما في القليل النادر عند ما يكون حائز المنقول غير مالك ، فالقانون يفرضه مالكاً حتى يحسم بذلك النزاع عند التعامل في المنقول ، ويطمئن كل انسان انتقل الى يده منقول وهو حسن النية الى أنه أصبح مالكاً لهذا المنقول . مثل آخر مسئولية السيد عن خادمه ، فرض القانون فيها أن السيد مقصر في اختيار خادمه أو في الرقابة عليه ، لذلك يصبح السيد مسئولاً عن خطأ خادمه .

الاتقال من المرجع  
الى المؤكد من  
طريق الفرض

أمثلة :

الحيازة في المنقول  
سند الملكية

مسئولية السيد عن  
خادمه

### ٥٩ - الأوضاع الصورية :

ويلجأ إليها المشرع عند ما يريد أن يلحق في الحكم شيئاً بشيء آخر مناقض له . مثل العقار بالتخصيص (Immeuble par destination) والمنقول بحسب المال (Meuble par anticipation) فالعقار بالتخصيص كاللواشي والآلات الزراعية الملحقة بالمزرعة ، متقولة حقيقة ، ولكن القانون يعكس هذا الوصف ويجعلها عقاراً حكماً ، أو عقاراً بالتخصيص ، حتى يلحقها في الحكم بالمزرعة التي خصصت لخدمتها حتى لا يحجز عليها منفصلة عن المزرعة . والمنقول بحسب المال ، كالأثاث تباع والدار لا تزال قائمة ، ولكن القانون يعكس هذا الوصف ، ويجعلها منقولة حكماً ، أو منقولة بحسب المال ، إذ ما لها المدم فتصبح أوقافاً ، حتى يعطى لها حكم المنقول من حيث البيع والرهن والحجز . فالعقار بالتخصيص إذن ليس عقاراً إلا من طريق وضى صوري كذلك .

وصف الشيء  
بوصف مناقض  
لحقيقته

أمثلة :  
العقار بالتخصيص  
للمنقول حسب المال

### ٦٠ - الأوضاع التصورية :

ويلجأ إليها المشرع عند ما يريد أن يمد حكم شيء معروف إلى شيء غير معروف ، وليس الشئان متناقضين كما في الأوضاع الصورية . مثل ذلك أن يصوغ القانون الملكية الأدبية والفنية والصناعية على غرار الملكية المادية ، وأن يصوغ الشخصية المعنوية على غرار الشخصية الطبيعية .

مد حكم شيء معروف  
إلى شيء غير معروف

مثل ذلك :  
الملكية الأدبية  
الفنية والصناعية  
الشخصية المعنوية

## الباب الثاني

### مصادر القانون

٦١ - تعريف « مصدر القانون »

مصدر القانون هو الطريق الذي تؤخذ منه قواعده وأحكامه .

٦٢ - المصدر الرسمي والمصدر التفسيري

ومصادر القانون أنواع مختلفة ، قف منها عند نوعين : المصدر الرسمي والمصدر التفسيري .

المصدر الرسمي

فالمصدر الرسمي هو السلطة التي تعطي القواعد القانونية قوتها الملزمة .  
ولكل قانون مصدر رسمي أو مصادر رسمية متعددة ، فالشريعة الإسلامية مصدرها الرسمي الدين والفقه ، والقانون الإنجليزي مصدره الرسمي القضاء والتشريع ، والقانون المصري مصدره الرسمي التشريع والدين والمادة والقانون الطبيعي ومن ذلك نرى ان المصادر الرسمية للقانون هي المادة والدين والقانون الطبيعي والتشريع والفقه والقضاء .

المصدر التفسيري

والمصدر التفسيري هو المرجع الذي يحل غامض القانون ، ويوضح مبهمة . وهناك مصدران لتفسير القانون ، الفقه والقضاء . فالقضاء والقضاء اذن مصدران رسميان ، ومصدران تفسيريان .

ونتولى الآن بحث مصادر القانون على الترتيب الآتي : المادة والعرف ، ثم الدين ، ثم القانون الطبيعي وقواعد العدالة ، ثم التشريع ، ثم القضاء والفقه .

## الفصل الاول

### العادة والعرف

#### ١ - كيف تصبح العادة قانونا

٦٣ - كيف تنشأ العادة : عنصرها المادى والنفسى :

لا يعيش الانسان الا فى المجتمع ومن ثم لا يحصى من أن تنشأ الروابط الاجتماعية ، ولا بد من تنظيم هذه الروابط .

وفى مجتمع فطرى لم يجتزأ المراحل الاولى من المدنية ، مرحلة الصيد ومرحلة البداوة ، لا توجد هيئة تشريعية محددة لتنظيم الروابط لاجتماعية . فتقوم العادة لتنظيم هذه الروابط . وهى تشتمل على عنصرين : ( العنصر الاول ) . هو العنصر المادى ، وهو ما يختطه الانسان لنفسه من قواعد لتنظيم روابطه الاجتماعية . وهذه القواعد لا يمكن تحديدها منشأها بالدقة ولا كيف نشأت . وكل ما يمكن ان يقال ان الانسان يستوحى فى ذلك الظروف التى تحيط به ، وعقله الذى يقدر هذه الظروف ، وغريزته التى يستمد منها الالهام . ( العنصر الثانى ) هو العنصر النفسى ، ويتكون من عاملين . العامل الاول هو الليل الى المألوف ، وإشارته على غير المعروف ، فالتناس لا يحبون ان ينحرفوا عن شىء يعرفونه الى شىء مجهولونه ، والطريق التى يشقها الشخص هى الطريق التى يعود اليها . والعامل الثانى غريزة حب التقليد ، فالتناس مطبوعون على تقليد من يستهدونه فى أمورهم ، ثم على تقليد آبائهم وأجدادهم . وهكذا تطرد العادة وتستقر ، حتى تصبح ثابتة ، ويرسخ أثرها فى النفوس . هذا الى صبغة . دينية قد تصطبغ بها العادة ، فتحولها بشىء من الهيبة والتقديس .

العنصر المادى

العنصر النفسى  
الليل الى المألوف

حب التقليد



## ٦٤ - متى تصبح العادة قانوناً :

متى توافر للعادة عناصرها المادى والنفسى ، اضطرد اتباعها ، وصار الناس يألّفونها ، حتى يصبحوا . وقد رأوها ملزمة لهم فى تنظيم علاقاتهم الاجتماعية ، وحتى يصبحوا وقد رأوا الخروج عليها شذوذا يستغفر الانكار ؛ ثم يستوجب الجزاء ، وبذلك تصبح العادة قانوناً .

وحقّ تصبح العادة قانوناً يجب أن تتوافر فيها الشروط الآتية :

(١) أن تكون عامة ، فلا تختص بمكان معين ولا بشخص معين ولكن يجوز أن تختص بجهة معينة . فتكون عرفاً محلياً ، أو بطائفة من الناس ، فتكون عرفاً خاصاً بهذه الطائفة . (٢) وأن تكون قديمة ، فيتواتر الجرى عليها منذ السور القديمة . (٣) وأن تكون ثابتة ، فيضطرد اتباعها بطريقة منظمة ، غير متغيرة ولا منقطعة ، (٤) وأن تكون غير مخالفة للقانون ولا للآداب ولا للنظام العام ، فإذا اصطدمت المادة مع نص تشريعى فالتص التشريعى ينسخ العادة . وإذا كانت المادة مخالفة للآداب أو للنظام العام ، ( كما فى الموت المدنى الذى يصحب الرهبة فى المسيحية فإنه مخالف للنظام العام ) ، فإنها لا تكون قانوناً . (٥) وأن تكون ملزمة . فهناك عرف يجرى عليه الناس ، على الا يكون ملزماً لهم فى تعاملهم ، فمثل هذا العرف لا يكون قانوناً . مثل ذلك ما اصطلاح عليه الناس من التهادى والتعازى فى مناسبات معينة ، كالأعياد والأفراح والمآتم ونحوها ، وما جرى عليه الجيران من أعمال التسامح فيما بينهم .

فإذا توافرت هذه الشروط فالعادة تعتبر قانوناً لسببين : (أولاً) لأنها تكون اذ ذاك تعبيراً صحيحاً عن ارادة المجتمع . (ثانياً) لأن التعامل يكون قد استقر على اتباعها ، فوجب مراعاتها حفظاً لاستقرار المعاملات .

الشروط الواجب توافرها :

عامة

قديمة

ثابتة

غير مخالفة للقانون  
او النظام العام

ملزمة

سبب اعتبار العادة  
قانوناً :

ارادة المجتمع  
استقرار التعامل

ولكن هل المادة قانون لأن المحاكم تطبقها ، أو أن المحاكم تطبقها لأنها قانون ؟ يقول بالرأى الأول المدرسة التحليلية ، فهي لا تطبق المادة صفة القانون الا اذا طبقها المحاكم ومن وقت ذلك التطبيق . ويقول بالرأى الثانى المدرسة التاريخية فأنها أن المادة قانون قبل أن تطبقها المحاكم ، وما التطبيق الا مقرر لصفاتها القانونية ومظهر لهذه الصفة . ولعل الرجوع الى طبيعة الروابط الاجتماعية يحدو الى تفضيل الرأى الأخير ، على أن الفرق العملى بين الرأين ليس بالكبير .

#### ٦٥ - مصدر المادة بعد تفرغ الحرية :

وهكذا تبقى العادات تنظم الروابط الاجتماعية ، ويكون لها المحل الأول ، بل يكاد يكون لها المحل الوحيد ، فى أمة لا تزال فى فجر مدنيته ، حتى اذا تقدمت المدنية ، وتعددت الروابط الاجتماعية ، وتشتت العادات ، رأى المجتمع حاجته فى أمرين : (أولاً) فى ضبط هذه العادات وتحديدتها بعد التشتت والتشعب ، وكثيراً ما يقع أن تكتب وتجمع ، كأمم ذلك فى القانون الفرنسى القديم ، ومع ذلك تبقى قانوناً (غير مكتوب) لأن القانون (المكتوب) ينشأ من أول الأمر مكتوباً كالقانون الذى يكون مصدره التشريع . (ثانياً) فى إيجاد مصدر رسمى آخر للقانون ، يكمل ما تقتصر العادات دونه ، وفى بحاجات المدنية الناشئة المتجددة ، ويهذب من العادات القديمة بما يجعلها تتماشى مع روح التطور . فلا بد إذن من اصلاح اجتماعى ، قد يقوم به نبي من طريق الدين ، وقد يقوم به مصلح من طريق العقل ، وقد يقوم به سلطان من طريق التشريع . وهكذا يوجد الى جانب المادة ، يكملها ويهذب قديمها وينسخ فاسدها ، مصدر رسمى آخر للقانون ، هو الدين أو القانون الطبيعى أو التشريع ، أو هذه كلها أو بعضها .

على أن هذا التطور ليس بالأمر اليسير ، فهي حرب شعواء يقيمها الجديد على القديم ، ولا يزال يداوره حتى يظفر به ، فتخطو المدينة خطوة الى الأمام . وفي هذا الحرب تتنازع التريزتان البشريتان : نزعة المحافظة على القديم بعاملها حب التقليد والحرص على المألوف ، وهذا هو الاستقرار والثبات ، ونزعة حب البقاء ومجاراة الزمن ، وهذا هو التطور والتجديد .

ونرى من ذلك أن المادة لها الشأن الأول في مدنية فطرية . فإذا تقدمت المدنية قل شأن العادة ، وهي اذا بقيت مصدرا رسميا للقانون فالتأثير يبقى كذلك في حدود ضيقة ، وتنقلب فيما تزخرت عنه الى مصدر تاريخي . وهكذا تتقدم المدنية ، فيضف شأن العادة كمصدر رسمي ، وتوسع دائرتها كمصدر تاريخي . ويحل محل العادة في مدنية متقدمة ( اجتازت مرحلتى الصيد والبداءة الى مراحل الزراعة والتجارة والصناعة ) الدين والقانون الطبيعي والتشريع .

#### ٦٦ — تطبيع ما تقدم على الشرائع القديمة :

كان ما قدمناه هو شأن الشريعة الرومانية . فقد بدأت مجموعة من العادات تنظم الروابط الاجتماعية ، حتى اذا تقدمت المدنية الرومانية ، وتوافر للشعب الرومانى تنظيم هيئة تشريعية ، كتبت هذه العادات وجمعت فى الألواح الاثني عشر المشهورة . . وقام التشريع الى جانب العادات مصدرا رسميا للقانون . وكان القضاء والقعة كذلك مصدرين رسميين فى المكان الأول من الأهمية فى نشوء القانون الرومانى وتطوره .

وكان ذلك أيضا شأن الشريعة الاسلامية . فقد كانت الأمة العربية

تطور العادة من  
مصدر رسمي الى  
مصدر تاريخي

الشريعة الاسلامية

في بدايتها في عصر الجاهلية ، خاضعة لماداتها ، وقد اصطبغت بعض هذه العادات بصبغة الدين الوثني . وكانت العرب قبائل متفرقة ، تعيش في عهد البداوة ، لا يجتمعها سلطان واحد . وبقي الأمر كذلك حتى هيأت الظروف طريق الوحدة العربية ومهدته بظهور الرسالة المحمدية ، وبمَث النبي صلى الله عليه وسلم رسولا ، فانتقص من سلطان العادات ، وقام الدين مصدرا رسميا للتشريع . على أن العرف بقي مصدرا للقانون في الشريعة الاسلامية ، قد كان الاجماع في أول أمره عرف أهل المدينة ، ثم تطور بعد ذلك فأصبح اجماع المجتهدين في كل عصر . ولا يزال من المبادئ المقررة في الشريعة الاسلامية أن العادة محكمة ، ولهذا المبدأ تطبيقات كثيرة معروفة (١) .

#### الشريعة الانجليزية

وقد بدأت الشريعة الانجليزية كالشريعة الرومانية عادات متأصلة في القبائل الانجلوسكسونية ، وهي القبائل التي كانت تسكن الجزيرة الانجليزية من قديم . ثم اقترن في القرون الحادى عشر عادات القبائل النورماندية التي فتحت الجزيرة الانجليزية في ذلك الحين . ولما تطورت للدينة الانجليزية وتقدمت ، وأصبح المجتمع في حاجة الى مصدر رسمى

---

(١) جاء في مجلة الاحكام المدلية نصوص كثيرة تأخذ بالعادة مصدرا للقانون .

ومن هذه النصوص :

م ٣٦ : العادة محكمة . يعنى أن العادة طامة كانت أو خاصة تحمل حكمها لاثبات حكم شرعى .

م ٤١ : انما تعتبر العادة اذا اضطرت أو غلبت .

م ٤٣ : المعروف عرفا كالمعروف شرطا .

م ٤٤ : المعروف بين التجار كالمعروف بينهم .

م ٤٥ : للتبيين بالعرف كالتبيين بالنس .

آخر للقانون ، قام قضاء المحاكم ، وصارت المادات تقرأ الأحكام القضائية وتطبقها تطبيقاً مستفيضاً ، وتتكرر الأحكام فتتأكد المبادئ القانونية بتكررها ، الى أن صار القضاء هو المصدر الرسمي للقانون في الشريعة الانجليزية .

وقام مقام المادات . ثم قام التشريع مصدراً آخر ، حتى صار هو والقضاء في الوقت الحاضر المصدرين الرسميين الرئيسيين في الشريعة الانجليزية .

وبدأ القانون الفرنسي القديم عادات تنظم الروابط الاجتماعية . وامتزج القانون الروماني بهذه المادات بعد الفتح الروماني . ثم دخل قانون الكنيسة . وبقيت قوانين المادات تنمو وتطرد مع الزمن ، حتى اقسمت فرنسا الى قسمين ، القسم الشمالي يطبق المادات ، والقسم الجنوبي يطبق القانون الروماني .

ولما قويت للملكية في فرنسا وتركزت ، جمعت المادات ، وقام الى جانبها التشريع كمصدر رسمي للقانون الفرنسي ، وما زال التشريع يقوى حتى وصل الى أوجه في عهد التقنيات المعروفة بتقنيات نابليون ، اذ سيطر المشرع نهائياً على القانون ، وصار التشريع هو المصدر الرسمي الرئيسي في القانون الفرنسي الحديث .

## ٢ - العادة والعرف كمصدر رسمي للقانون المصري

٦٢ - كيف تكون العادة مصدراً رسمياً للقانون المصري :

تكون العادة مصدراً رسمياً للقانون المصري بأحد معنيين : (١) المعنى

الأولى هو أن تكون العادة مصدرا رسميا مباشرا للقانون . يستمد منها القاضى القواعد القانونية بطريق مباشر ، كما يستمدّها من التشريع أو من أى مصدر رسمى آخر . (٢) والمعنى الثانى هو أن تكون العادة مصدرا رسميا غير مباشر ، وذلك بأن يحيل المشرع على العرف والعادات يستمد منها القاضى القواعد القانونية . وبهذا المعنى الأخير يكون التشريع هو المصدر الرسمى المباشر ، والعرف هو المصدر الرسمى غير المباشر .

وسواء كان العرف مصدرا مباشرا أو مصدرا غير مباشر ، فإنه يجب أن تتوافر فيه الشروط الآتية : (١) أن يكون عاما ، فلا يختص بمكان معين ولا بشخص معين . ولكن يجوز أن يختص بجهة معينة ، فيكون عرفا محليا ، أو بطائفة من الناس ، فيكون عرفا خاصا بهذه الطائفة . (٢) وأن يكون قديما ، فيتواتر الجرى عليه منذ العهود القديمة . (٣) وأن يكون ثابتا ، فيضطرر اتباعه بطريقة منظمة ، غير متغيرة ولا منقطعة . (٤) وأن يكون غير مخالف للقانون ولا للأداب ولا للنظام العام ، فإذا اصطلم العرف مع نص تشريعى فالنص التشريعى ينسخ العرف ، وإذا كان العرف مخالفا للأداب أو للنظام العام فإنه لا يكون قانونا . (٥) وأن يكون ملزما ، فهناك عرف تجرى عليه الناس على ألا يكون ملزما لهم فى تعاملهم ، فمثل هذا العرف لا يكون قانونا . مثال ذلك ما اصطلحت عليه الناس من التهادى فى مناسبات معينة ، كالأعياد ، والأفراح ونحوها ، وما جرى عليه الجيران من أعمال التسامح فيما بينهم .

فإذا توافرت هذه الشروط فالعرف يعتبر قانونا لسببين :  
(أولا) لأنه يكون اذ ذاك تسييرا صحيحا عن ارادة المجتمع . (ثانيا) لأن

التعامل يكون قد استقر على اتباعه ، فوجبت مراعاته حفظا لاستقرار  
المعاملات .

٦٨ - أمثلة على العادة كمصدر رسمي مباشر للقانون المصري

من ذلك العادات للرعية التي بنى عليها قسم كبير من الامتيازات  
الأجنبية المعروفة . فهذه الامتيازات لم تتم كلها على معاهدات دولية بل  
توسع الأجانب فيها توسعا كبيرا ، جريا على العادات التي نشأت من  
جراء تهاون الحكومات السالفة .

ومن ذلك العادات التجارية ، ولها أهمية كبرى ، حتى قيل أنها  
تنسخ التشريع . ومن أمثلة العادات التجارية التي تعتبر قانونا العرف  
المتبع في سوق القطن ( كأن تكون مصاريف النقل والسمسة على  
النبيل ، وكأن يحسب سعر القطن باعتباره محلوجا ، وكأن يكون السعر  
الرسمي خاصا بمرتبة معينة من القطن ) ، والعادات المتبعة في البورصة وفي  
الشركات ( وقد جرت العادة أنه اذا اشترك شخصان ، قدم أحدهما رأس  
المال وتمهد الثاني بإدارة العمل ، فلابد أول ثلثنا الأرباح وللآخر الثلث ،  
ما لم يتفقا على غير ذلك ) .

ومن ذلك العرف الذي يؤخذ به في بعض المسائل المدنية ، كما في  
الايجار اذا لم يتفق للتعاقدان على الأجرة فان العرف يحددها ، وكذلك  
شروط الايجار كالشروط الخاصة بالمياه والنور ، وكما في حقوق الجوار فانه  
يؤخذ فيها بالعرف فلا يجوز للجار أن يلحق بجاره ضررا فاحشا ، وكما في  
اقتراض ملكية الزوجة المسلمة للمنقولات المنزلية جريا على العرف .

٦٩ - أمثلة على العادة كمصدر رسمي غير مباشر للقانون

المصري :

والأمثلة كثيرة على العرف يحيل عليه المشرع المصري كمصدر  
القانون .

ففي القانون المدني تقضى المادة ٥١/٣٠ بأن الاتفاق هو تكليف  
مقرر على عقار لمنفعة عقار آخر أو لمنفعة الميرى ، وتتبع فيه شروط العقد  
الذى ترتب عليه وجود ذلك التكليف وعرف البلد . وتقضى المادة  
١٩٩/١٣٨ بأنه يجب أن يفسر المشاركات على حسب الفرض الذى يظهر  
أن المتعاقدين قصدوه ، مهما كان المعنى القوي للألفاظ المستعملة فيها ،  
مع مراعاة ما يقتضيه نوع المشاركة والعرف الجارى . وتقضى المادة ٣٤٨/٢٧٧  
بأنه يجب أن يكون التسليم ( تسليم المبيع ) فى الوقت المعين له فى العقد ،  
فاذا لم يشترط فيه شيء بذلك الخصوص ، وجب التسليم وقت البيع ،  
مع مراعاة المواعيد المقررة بحسب العرف . وتقضى المادة ٣٥٦/٢٨٤ بأن  
مصاريف المشال ومصاريف دفع الثمن تكون على المشتري ، وكذلك  
رسوم عقد البيع ، وهذا ان لم يقض العرف التجارى بخلاف ذلك فى جميع  
الأحوال . وتقضى المادة ٣٥٨/٢٨٦ بأنه فى حالة عدم وجود شرط فى  
عقد البيع ، تتبع القواعد المقررة فى الأحوال الآتى بيانها ، ان لم يقض عرف  
الجهة بغير ذلك . وتقضى المادة ٤٠٤/٣٢٦ بأنه يتبع عرف التجارة فيما  
يتعلق باستئزال مقادير ظروف البضائع وأوعيتها . وتقضى المادة  
٤٠٧/٣٢٩ - ٤٠٩ بأنه فى حالة عدم وجود شرط صريح فى العقد ،  
يكون الثمن واجب الدفع حالا فى مكان تسليم المبيع ، واذا كان الثمن مؤجلا



يكون دفعه في محل المشتري ، ومع ذلك يراعى في هذه المادة عرف البلد والعرف التجارى . وتقضى المادة ٤٤٦/٣١٣ بأن عقد الايجار الحاصل بنير كتابة لا يجوز اثباته الا باقرار المدعى عليه أو بامتناعه عن اليمين اذا لم يبتدأ في تنفيذ العقد المذكور ، وأما اذا ابتدئ في التنفيذ ، ولم يوجد سند مخالصة بالأجرة ، فتقدر الأجرة بمعرفة أهل الخبرة ، وتعين المدة بحسب عرف البلد . وتقضى المادة ٤٩٣/٤٠٥ بأنه اذا لم يحصل اتفاق على تعيين الأجرة ( في عقد الاستصناع ) يتبع ما قرره العرف لتعيين مقدار الأجرة ، سواء كانت مستحقة أو مدفوعة . وتقضى المادة ٤٩٧/٤٠٨ — ٤٩٨ بأن المهندس المعماري يستحق أجرة خاصة بعمل الرسم والمقايسة وأجرة لإدارة عمل البناء ، فان لم يحصل الاتفاق على مقدار هاتين الأجرتين يصير تقديرهما على حسب العرف الجارى .

وفي القانون الجنائى قضت المادة الأولى بأن أحكام هذا القانون تسرى على كل من يرتكب في القطر المصرى جريمة من الجرائم المنصوص عليها فيه ، إلا إذا كان غير خاضع لقضاء المحاكم الأهلية بناء على قوانين أو معاهدات أو عادات مرعية . وتقضى المادة ١٧٤/١٧٠ بأن من قلد المسكوكات المتداولة قانونا أو المتداولة عرفاً في مصر ، سواء كانت من من الذهب أو الفضة ، أو قص قيمتها ، أو روجها ، أو أدخلها في مصر ، أو تعامل بها ، يعاقب بالأشغال الشاقة المؤقتة .

ويقضى الأمر العالى الصادر في ٢٥ مايو سنة ١٨٩٧ خاصاً بمركز مسيوة ، بأن القضاء في جميع المواد المستوجبة للتنذير بأنواعها ، من المخالفات والجنح والجنائيات ، يكون بمقتضى الصادات والقواعد المتبعة في تلك الجهة ، أما القضايا المدنية والتجارية فالفصل فيها يكون بطريق

التحكيم ، واذا رُفِست دعوى من هذا القبيل ، يحكم فيها بمقتضى قواعد المدل وبموجب عادات تلك الجهة . ويقضى القانون نمرة ١٥ لسنة ١٩١١ الخاص بالنظام القضائى فى شبه جزيرة سيناء بأن القضاء فى مواد العقوبات يكون بمقتضى القانون ، أو بالعقوبات التى تقضى بها العوائد المحلية الثابتة بدلا من العقوبات التى يجوز الحكم بها بمقتضى القانون ، ويشترط أن تكون العوائد المحلية غير مخالفة للعدالة أو الآداب ، ويقضى فى المواد المدنية بمقتضى قواعد المدل والقانون الطبيعى ، مع مراعاة ما لا يخالفهما من العوائد المحلية الثابتة ، ويجوز قبول الصلح فى المواد الجنائية اذا رضى به من أضررت به الجريمة ، وكان من رأى أغلبية المدول أنه موافق للعوائد المحلية . ويقضى القانون نمرة ٨ لسنة ١٩١٢ الخاصة بالواحاح الداخلية والخارجة والبحرية بمراعاة العرف فى نظر القضايا المدنية ، ما دام مطابقاً للعدالة وللحقوق الطبيعية .

---

## الفصل الثاني الدين

١ - كيف يكونه الدين مصدرا رسميا للقانون

ما هو الدين : الدين وحى ينزل من عند الله على نبي من أنبيائه ،  
لارشاد الناس في معاشهم وفي معادهم . فهو يشمل واجب الانسان نحو الله ،  
وواجبه نحو نفسه ، وواجبه نحو الناس .

والدين بمبارة أعم هو كل ما يستمد من وحى القوة غير المنظورة  
وينسب اليها . فيوجد عدا الأديان المنزلة التي اعترف بها الاسلام أديان  
أخرى كالבודהية والبراهمية وغيرها .

ولا يعنى الروابط الاجتماعية - وهي وحدها موضع القانون - من  
الدين الا ما كان راجعا الى واجب الانسان نحو غيره . أما واجبه نحو الله ،  
وواجبه نحو نفسه ، فهذه خاصة بالدين ولا يشترك القانون معه فيها .

ومن الأديان ما يتوسع في تناول واجب الانسان نحو غيره توسعها  
في تناول واجبه نحو الله وواجبه نحو نفسه ، كالدين الاسلامي والدين  
اليهودي ، فهذه تكون مصدرا خصبيا للقانون . ومنها ما يعنى بالواجب نحو  
الله والواجب نحو النفس ، ولا يلم بالواجب نحو الغير الا المالم يسيرا ،  
كالدين للمسيحي ، وهذه تكون أيضا مصدرا للقانون في حدود ضيقة .

٧٠ - متى يكونه الدين مصدرا رسميا للقانون

والدين يكون مصدرا رسميا للقانون اذا عرض لتنظيم  
تفاوت الأديان في

تأول الروابط  
الاجتماعية

الروابط الاجتماعية كما قدمنا . فكل ما يبلغه صاحب الدين للناس من قواعد لتنظيم هذه الروابط ، على أنها من الله ، تجب لها الطاعة ، ويؤخذ الناس بها بوضع جزاء دنيوى لها ، يكون قواعد قانونية مصدرها الرسمى هو الدين .

اثر الدين فى العادات

ويأتى الدين بعد العادات مصدرا رسميا للقانون ، ينسخ من العادات فاصدها ، ويقر صالحها ، ويهز القديم هزا عفيفا ، ويهلم ما تدعى منه ، ويسير بالانسانية خطوات الى الأمام . فهو فى مبدأه يمثل التطور والحركة ، الى جانب استقرار العادات وسكونها . ثم تستقر الحركة ويقف التطور ، وينضب ذلك المين الخصب الذى كان يغذى الدين ، فيصبح الدين عاملا من عوامل الاستقرار لا من عوامل التطور ، حتى اذا أتى المجددون فى الدين ، وفضخوا فيه روح التجديد ، رجع اليه النشاط والحركة ، ثم يعود الى الجود . وهكذا يبقى الدين يتنازعه الاستقرار والتطور .

#### ٧١ - أثر الدين فى القوانين الفرعية

حظ الدين ضئيل فى  
القوانين الفرعية  
انتشار القانون  
الرومانى

وحظ الدين من الأثر فى القوانين الفرعية ضئيل . وذلك يرجع لسببين : ( السبب الأول ) أن القانون الرومانى كان قد انتشر فى البلاد الفرعية قبل انتشار المسيحية واستقر فيها ، وهو قانون من أرقى القوانين التى عرفها البشر . فلم تستطع المسيحية أن تقتلع هذه الشريعة القديمة ( السبب الثانى ) أن الدين المسيحى لم يعرض لأمر الدنيا الا فى كثير من القصد ، فقد كان لليهود شريعة قديمة منزلة . ولو أن السيد المسيح أرسل الى قوم غير اليهود ، وبعث فى عهد من عهود البداوة ، لكان من المحتمل ان تكون رسالته قد تطورت ، فأتى بقانون الى جانب الدين .

علم نعرض الدين  
المسيحى لأمر الدنيا

قانون الكنيسة

على أنه اذا كانت القوانين الفرعية لم تتأثر بالدين المسيحى ، فقد تأثرت بقانون الكنيسة . وهنا يجب التمييز بين الدين المسيحى وقانون

الكنيسة . فكل ما جاء عن السيد المسيح ونسب إليه هو الدين المسيحي . وقد رأينا السيد المسيح يعطى ما لله وما لقيصر لقيصر ، ولذلك كانت القواعد القانونية التى أتى بها لتنظيم الروابط الاجتماعية قليلة نادرة . أما قانون الكنيسة المسيحية فصدره تشريع الكنيسة وفقه رجال الدين . وقد تأثر كل من التشريع والفقهاء فيه بروح الدين المسيحي وبالقانون الرومانى . وتناول قانون الكنيسة مسائل مختلفة أهمها الزواج والطلاق والنسب والميراث والوصية والعقود . فوضعت لها قواعد خضعت لها البلاد القارية والبلاد الشرقية المسيحية فى القرون الوسطى عهدا طويلا . ثم سعت البلاد القارية الى التحرر منها ورأت فى سعيها حتى فصلت الكنيسة عن الدولة . الا أن الدين بقى مصدرا تاريخيا للقوانين المتعلقة بالزواج بنوع خاص . أما البلاد الشرقية المسيحية فلا تزال قوانينها فى مسائل الأحوال الشخصية مصدرها قانون الكنيسة .

## ٧٢ - أثر الدين فى القوانين الشرقية

والأمر غير ذلك فى القوانين الشرقية . فالدين كمصدر رسمى لهذه القوانين له حظ كبير . ويرجع ذلك الى مابين مقابلين للسبيين الذين أوردناهما لتعليل ما للمسيحية من أثر ضئيل فى القوانين الغربية ( أولا ) لم ينتشر فى الشرق قانون كالتقانون الرومانى ويستقر فيه حتى يستعصى على الدين اقتلاعه . ( ثانيا ) عرضت الأديان التى انتشرت فى البلاد الشرقية ، وأهمها الاسلام واليهودية ، لأمر الدنيا بالقدر الذى عرضت به لأمر الآخرة ، فاشتملت على دين وقانون .

لذلك كان الدين فى الشرق مصدرا خصباً تستمد منه القواعد القانونية . ففي اليهودية نرى كثيرا من القواعد تنظم روابط الأسرة

حظ الدين كبير فى القوانين الغربية :  
عسى وجود ما يماثل القانون الرومانى فى الفرق

الاسلام واليهودية  
عرضا لشئون الدنيا

والروابط المالية . أما الاسلام فهو دين ودولة . واذا كانت مصادر الشريعة الاسلامية أربعة : الكتاب والسنة والاجماع والقياس . فإنه يمكن رد هذه المصادر الى مصدرين الدين ( ويشمل الكتاب والسنة ) والفقه ( ويشمل الاجماع والقياس ) . فاذا اقتصرنا على الدين ، رأينا الكتاب والسنة وقد عرضا لتنظيم الروابط الاجتماعية في افاضة واسهاب ؛ فقيمما الشيء الكثير عن الزواج والطلاق والنسب والميراث والوصية والتجارة والبيع والعقود والحدود وغير ذلك من روابط الأسرة وروابط المال والقوانين الجنائية وغيرها ، فكل قاعدة قانونية تؤخذ مباشرة من الكتاب أو السنة يكون مصدرها الرسمي هو الدين .

على أن الفقه الاسلامي قد بلغ من تقدمه أن ميز فقهاء الشريعة الاسلامية في القواعد التي استمدت من الدين ، بين ما هو ملازم قضاء وما هو ملازم ديانة وما يدخل تحت حكم القضاء ، أي بين القواعد القانونية والقواعد الدينية . فهناك قواعد دينية غير ملازمة قضاء ، كترك البيع عند صلاة الجمعة وكتنفيذ الوعد بالمقد . وهناك قواعد قانونية غير ملازمة ديانة كعدم جواز سماع الدعوى بعد مدة معينة أو لمانع معين .

التمييز بين ما هو ملازم قضاء وما هو ملازم ديانة في الفقه الاسلامي

### ٧٣ - مستقبل الشريعة الاسلامية كمصدر للقانون

ومستقبل الشريعة الاسلامية كمصدر للقانون يتوقف على أمرين : (أولاً) تعاون فقهاء الشريعة مع رجال القانون على النهوض بالشريعة الاسلامية نهضة تعيد اليها جذتها ، حتى تسابر أحكامها ما استجد من الحاجات وما استحدثته للدين من أمور لم تكن معروفة من قبل : (ثانياً) ما تستطيع هذه النهضة العلمية من توجيه المشرع توجيهاً يدفعه بالرجوع الى الشريعة الاسلامية ، ليستقي من أحكامها ما يعد متمشياً مع أحدث

فتح باب الاجتهاد

أخذ المخرج من الفقه الاسلامي

للبادئ القانونية وأرقاها ، وفي الشريعة الإسلامية الكثير من ذلك .

وعندنا أن الاجماع هو المصدر الخصب الذي يكفل تجديد الشريعة الإسلامية على مر الأجيال ، فإذا تتبعنا تاريخ تطوره ، وقسنا مستقبله على ماضيه ، كان لنا أن نتوقع أن يكون الاجماع هو الباب الذي يدخل منه التشريع ليكون مصدرا رسميا للشريعة الإسلامية .

## ٢ - الدية كمصدر رسمي للقانون المصري

قبل عهد محمد علي : كان للدين أثر كبير في القانون للمصرى قبل عهد محمد علي ، فكانت الشريعة الإسلامية — وأحد مصدريها هو الدين كما قدمنا — هي التي تطبق في قانون الأسرة والروابط المالية . أما غير المسلمين فكانوا يخضعون في أحوالهم الشخصية لقانون ملتهم .

من عهد محمد علي الى عهد اسماعيل : وقد بدأ تغلغل القانون الفرنسى في مصر منذ عهد محمد علي . فبدىء بقانون التجارة وبعض قواعد القانون الجنائى . وبقى نفوذ القانون الفرنسى يزداد ، ونفوذ الشريعة الإسلامية يقلص ، الى عهد اسماعيل .

من عهد اسماعيل الى اليوم : وفي عهد اسماعيل وصل نفوذ القانون الفرنسى الى قمته ، عند ما أنشئت المحاكم المختلطة ، ثم المحاكم الأهلية . ففى ذلك العهد حل القانون الفرنسى محل الشريعة الإسلامية ، وأصدرت الحكومة المصرية التقنينات الحالية ، القانون المدنى والقانون التجارى والقانون البحرى وقانون المرافعات والقانون الجنائى وقانون تحقيق الجنايات وقد أخذت كلها من التقنينات الفرنسية مختصرة مقتضبة .

وبقى للشريعة الإسلامية دائرة الأحوال الشخصية . وقانون

الأحوال الشخصية هو مجموع القواعد التي تحدد علاقة الشخص بأفراد أسرته ، من وقت ميلاده الى وقت موته . فالنسب والنفقة والرضاعة والحضانة والزواج والطلاق والميراث والوصية كل هذه تدخل في الأحوال الشخصية .

على أن الشريعة الاسلامية مصدر لبعض مسائل في القانون المدني متعلقة بالمال وخارجة عن دائرة الأحوال الشخصية . ومن هذه المسائل ما يؤخذ مباشرة من الشريعة الاسلامية ، كالوقف والحكر والمبة ، ومنها ما ورد فيه تشريع مصرى مأخوذ من الشريعة الاسلامية ، كالشفعة والبيع في مرض الموت والغبن وبعض مسائل في البيع والايجار .

## الفصل الثالث

### قواعد العرائن والقانون الطبيعى

#### ٧٤ - ظهور فكرة القانون الطبيعى في الأزمان المتعاقبة

رأينا فيما قدمناه أن فكرة القانون الطبيعى . كانت تظهر في كل زمن مصطبغة بصيغة أو بأخرى . فكان القانون الطبيعى عند اليونان فلسفة ، وعند الرومان قانونا ، وفي القرون الوسطى دينا ، وفي العصور الحديثة سياسة .

القانون الطبيعى  
النايت

ورأينا كذلك أن فكرة القانون الطبيعى الثابت الذى لا يتغير لا في الزمان ولا في المكان قد فقدت قيمتها كفكرة علمية صحيحة ، وحل محلها فكرة القانون الطبيعى ذى الحدود المتغيرة ، وقد انتصر لهذه الفكرة الأخيرة كثير من الفقهاء في العصر الحاضر .

القانون الطبيعى ذو  
الحدود المتغيرة



فكرة القانون الطبيعي اذن ، بشكل أو بآخر ، كانت ولا تزال موجودة في كل المصور ، لم يخل منها عصر حتى في وقتنا هذا .

#### ٧٥ — أثر القانون الطبيعي وقواعده العمالة في القوانين القديمة

وقد تأثر القانون الروماني بقواعد العدالة والقانون الطبيعي تأثرا كبيرا . فتكون قانون بني على هذه القواعد ، وكونه القضاة الرومانيون ، الى جانب القانون المدني العتيق . فوجد القانونان المدني والبريطوري جنبا الى جنب ، ثم امتزجا ، أحدهما بالآخر ، على النحو المعروف في تاريخ القانون الروماني .

وتأثرت الشريعة الاسلامية كذلك بقواعد العدالة من طريق الأخذ بالرأى . وسنرى كيف أن الفقه الاسلامي انقسم الى مدرستين ، مدرسة أهل الرأى وطلى رأسها أبو حنيفة ، ومدرسة أهل الحديث وعلى رأسها مالك . وكان للرأى أثر كبير في تكوين الفقه الاسلامي .

وتأثرت الشريعة الانجليزية أخيرا بقواعد العدالة ، وسنرى كيف أنشئ ديوان المستشار ترفع اليه الظلمات من جود القانون الانجليزي العتيق وضيقه ، فيطبق للمستشار قواعد العدالة ، وكيف تكون الى جانب القانون القديم قانون جديد يقوم على مبادئ العدالة ، ثم اختلط القانونان أحدهما بالآخر .

#### ٧٦ — أثر القانون الطبيعي وقواعده العمالة في القوانين الحديثة

والقوانين الحديثة كالقديمة تتأثر الى حد كبير بقواعد العدالة ومبادئ القانون الطبيعي . وفي القانون للمصري نصوص تقضى بأنه عند سكوت القانون أو إبهامه أو قصه فلي القاضى أن يرجع الى قواعد العدالة

القانون المصري  
والقوانين الغربية

والقانون الطبيعى . ويقضى القانون السويسرى وغيره من القوانين الغريبة  
بمثل ذلك .

#### ٧٧ — تطبيقات مختلفة

وقد طبقت المحاكم المصرية قواعد العدالة ومبادئ القانون الطبيعى  
فى حالات مختلفة نذكر منها للملكية الأدبية والفنية والصناعية ونظرية  
التصف فى استعمال الحق ونظرية تحمل التبعة ونظرية الظروف الطارئة .

#### ٧٨ — الملكية الأدبية والفنية والصناعية

لا يوجد حتى الآن فى القانون المصرى نصوص تنظم هذا النوع من  
الملكية على أهميته . وقد أشارت بعض نصوص القانون المدنى والقانون  
الجنائى الى وجود ملكية أدبية وفنية وصناعية ، ولكنها أشارت فى الوقت  
ذاته الى قانون يصدر لتنظيم هذه الملكية ، وهذا القانون لما يصدر . لذلك  
تلتجئ المحاكم المختلطة والمحاكم الأهلية الى القانون الطبيعى وقواعد العدالة  
لحماية المؤلف والفنان وصاحب الملكية الصناعية ، فتقضى بتعويض على  
كل من يتعدى على حرمة هذه الملكية .

قضاء المحاكم

وهناك مشروع أعدته الحكومة المصرية لحماية الملكية الأدبية ولكنها  
مرتدة فى اضافته ، اذ تخشى أن تضع قيودا مرهقة على الحركة الأدبية  
الناشئة من طريق حماية المؤلفات الأجنبية .

مفروع قانون

#### ٧٩ — نظرية التصف فى استعمال الحق

أصبحت هذه النظرية مستقرة فى القضاء المصرى استقرارها فى  
القضاء الفرنسى . والجديد فى هذه النظرية أنها تجمل من يقتصر على  
استعمال حقه ، ولكنه يتعسف فى هذا الاستعمال ، مسئولاً عما أصاب به الغير

بسط النظرية

من الضرر . وقد كان خصوم النظرية يأخذون عليها أنها ترتب مسؤولية على شخص قد اقتصر على استعمال حقه ، ولم يجاوز حدود هذا الحق . فأنت النظرية تقرر أن الحقوق ليست مطلقة ، بل مقيدة بالضرر الاجتماعي الذي وجدت من أجله . فإذا استعمل صاحب الحق حقه في غير هذا الضرر وأضر بالغير ، وجب تعويض هذا الضرر . وليس تقييد الحقوق بما رسم لها من أغراض اجتماعية إلا تطبيقاً لمبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة .

ومن الأمثلة على التمسك في استعمال الحق تمسك المالك في استعمال أمثله عليها حق ملكيته كمن يبنى جداراً عالياً يحجب الضوء والهواء عن جاره دون أن يكون له فائدة من ذلك ، وتمسك صاحب العمل في فصل عامل لسبب غير مشروع أو في وقت غير لائق ، وتمسك المتقاضين في رفع الدعاوى الكيدية ونحو ذلك .

#### ٨٠ - نظرية تحمل التبعة

وهذه نظرية تأخذ بها بعض المحاكم المصرية ، وتبنيها على مبادئ بسط النظرية القانون الطبيعي وقواعد العدالة . والأصل أن الشخص لا يكون مسؤولاً إلا إذا ثبت خطأ في جانبه . أما إذا لم يثبت هذا الخطأ ، فهو غير مسئول عما يحدثه من الضرر للغير . وهذه هي نظرية المسؤولية التقصيرية . إلا أن تقدم المدنية ، وانتشار المحترعات الميكانيكية من آلات صناعة ومركبات نقل ونحوها كان من شأنه أن جعل في يد الإنسان أشياء جمّة النفع شديدة الخطر ، فإذا استفاد مما تعود به عليه من النفع ، فمن العدل أن يتحمل تبعه ما تحدثه للغير من الضرر ، حتى لو لم يثبت خطأ في جانبه ، والفرم بالنعم .

ومن الأمثلة على نظرية تحمل التبعة حوادث النقل واصابات العمال ،  
ونحو ذلك .

أمثلة عليها

#### ٨١ - نظرية الحوادث الطارئة

وهذه نظرية أخذت بها محكمة استئناف مصر الأهلية ، ولكن  
محكمة النقض لم تأخذ بها . وهي نظرية عادلة ، يمكن ارجاعها الى مبادئ  
القانون الطبيعي وقواعد العدالة . والأصل أن الملتزم لا يعنى من تنفيذ  
الالتزام الا اذا أصبح تنفيذ هذا الالتزام مستحيلا بقوة القاهرة . والقوة  
القاهرة حادث لا يتوقع حصوله ، ولا يمكن دفعه اذا وقع ، ويجعل تنفيذ  
الالتزام مستحيلا . فاذا كان الحادث الطارئ لا يجعل تنفيذ الالتزام  
مستحيلا ، فهو لا يعنى المدين من التزامه ، حتى ولو كان هذا التنفيذ قد  
أصبح مرهقا عسيرا . وهذا الشرط الأخير من النظرية غير عادل . وقواعد  
العدالة تقضى بأنه اذا تغيرت الظروف ، وجد حادث طارئ لم يكن  
متوقما وكان من شأنه أن يجعل تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين ، وجب  
تخفيف وطأة هذا الازهاق فيعفى المدين من بعض التزامه . وهذا ما تقضى  
به نظرية الحوادث الطارئة . وقد أخذت بها المحكمة الادارية العليا في  
فرنسا في قضية ثبت فيها أن شركة النور بمدينة بوردو كانت قد تمهدت  
بتوريد النور بسعر معين ، ثم نشبت الحرب الكبرى فارتفع سعر الفحم  
ارتفاعا فاحشا ، وأصبح الزام الشركة بتوريد النور بالسعر المتفق عليه  
مرهقا لها . وأخذت محكمة استئناف مصر الأهلية بالنظرية في قضية ثبت  
منها أن تاجرا تمهد بتوريد حبوب لمصلحة الحدود بسعر معين ، وقت ان  
كانت التسمية الاجبارية قائمة ثم انبت هذه التسمية ، فارتفع سعر  
الحبوب الى خمسة أمثاله . وأصبح تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين .

بسط النظرية

أمثلة عليها

## الفصل الرابع

### التشريع

#### ٨٢ - أهمية التشريع في العصر الحاضر

إذا كانت المصور القديمة هي عصور المادات والدين . فإن العصر الحديث هو عصر التشريع فالتشريع هو أهم مصدر للقانون الحديث . والمهيئة التشريعية في الدولة الحديثة أكثر ما تكون عملا . واشد ما تكون نشاطا . وقد تناقصت أهمية للمصادر الأخرى بالقدر الذي تزايدت به أهمية التشريع .

ويرجع ازدياد أهمية التشريع الى عوامل مختلفة منها :  
أسباب أهمية التشريع  
( أولا ) تولد سلطة الدولة وتركيزها . فلم يعد هناك منافسون أقوياء تركيز الدولة للدولة . كما كان الأمر في المصور الوسطى . إذ كان النبلاء في العهد الاقطاعي ، وكانت الكنيسة في المصور الوسطى ، ينتقصون من سلطان الدولة ، ويقسمون معها نفوذها .

( ثانيا ) تفشى الديمقراطية مما جعل في الدولة هيئة معلة للتشريع الديمقراطية هي في نشاط متزايد .

( ثالثا ) النزعة الحديثة الى الاشتراكية ، أى الى تدخل الدولة في الاشتراكية شؤون الأفراد لتنظيمها ، وليس لدى الدولة وسيلة الى هذا التنظيم غير التشريع . فكثير من الشؤون كالتعليم ومسائل العمال واسعاف المرضى والمعجزة ، كانت تعتبر قبلا من شؤون الأفراد الخاصة ، وهي اليوم تعتبر

من مهمات الدولة الأساسية . تصدر فيها التشريع نلو التشريع .

سهولة التشريع ( رابعا ) سهولة التشريع بالإضافة الى المصادر الأخرى . فان للشرع يستطيع بجمرة قلم ان يسن تشريعا صالحا وأن ينسخ تشريعا فاسدا . أما العادات وغيرها من المصادر الأخرى فبطيئة في تطورها ، وهي اذا استقرت صعب التخلص منها بعد ذلك .

دائرة التشريع ويتناول التشريع الآن دائرة واسعة من الروابط القانونية . على أن للشرع لا يعرض لروابط القانون الخاص الا بقدر ، وهو في تعرضه لها انما يقر ما تمودته الناس في معاملاتهم ، ويحدد شكل التعامل أكثر مما يعرض لموضوعه .

قوة التشريع الحقيقية على أن للشرع لا يخلق القانون خلقا كما قد يتوهم . فهو يستمد مادة تشريعه من عادات الناس ومن معتقداتهم ومن النثل العليا التي يتوخاها طبقا لمدينة عصره ومن الحاجات العملية والضروريات الاقتصادية . وكل ما يفعل للشرع هو أن يضع القاعدة القانونية التي استمد مادتها من هذه المصادر المختلفة في الفاظ من عنده . ويعطى للقاعدة قوة رسمية ملزمة . ومن هنا يختلف التشريع من المصادر الأخرى في أنه مصدر للمعنى واللفظ لا للمعنى فقط .

#### ٨٣ - مقارنة التشريع بالمصادر الأخرى

للتشريع مزايا اذا قورن بالمصادر الأخرى نذكر منها ما يأتي :

عدم السريان على الماضي ( أولا ) القانون الذي يكون مصدره العادات أو القضاء ، فلا يكاد يعرف الا وقت تطبيقه ، ومن ذلك يكون لهذا القانون ضرب من السريان على الماضي .

(ثانياً) يجوز إلغاء التشريع بتشريع مثله ، أما القواعد القانونية سهولة إلغاء التشريع التي تستمد من مصادر أخرى فمن الصعب نسخها بغير التشريع ولذلك كانت أكثر بطئاً في تطورها .

(ثالثاً) التشريع يضع قواعد عامة ، أما القضاء وغيره من المصادر وضع قواعد خاصة الأخرى فقواعدها تنصرف في أكثر الأحوال الى مسائل تفصيلية ، دون ان تسمو الى دائرة القواعد العامة .

(رابعاً) يسهل الرجوع الى التشريع . فالقواعد القانونية المستمدة من التشريع معروفة معنى ولفظاً ، ولا يقع الخطأ في وجودها ، وان أمكن الخطأ في تفسيرها . اما القضاء وغيره من المصادر الأخرى ، فمن الصعب استخلاص ما تولده من القواعد القانونية ، فالحك هنا يكون في وجود القاعدة القانونية لا في تفسيرها .

وتتكمّل في سن التشريع ، وتجميعه ، وتطبيقه من حيث المكان والزمان ، وتفسيره ، وإلغائه .

## المبحث الاول

### سن التشريع

٨٤ - ما هو سن التشريع .

سن التشريع عمله . والتشريع من عمل الهيئة التشريعية في الدولة . تقسم الموضوع وتتكمّل في المبادئ العامة في سن التشريع .

## ١- المبادئ العامة في سن التشريع

### ٨٥ - الهيئة التشريعية

تنوع الهيئة التشريعية  
يؤكد من التشريع الى الهيئة التشريعية . والهيئة التشريعية في كل دولة يحددها دستورها وهي تارة تكون فردا مستبدا كما في الملكية المطلقة ، وطورا تكون مجلسا أو مجالس نيابية أو غير نيابية ، يشاركها رئيس الدولة ( امبراطورا كان أو ملكا أو رئيس جمهورية أو غير ذلك ) .

### ٨٦ - تدرج التشريع

والتشريع أنواع متدرجة . ففي القمة التشريع المعمور ، ويليه التشريع الصادر من الهيئة التشريعية الرئيسية ، ويليه التشريع الصادر من الهيئات التشريعية الفرعية .

فالتشريع المعمور هو التشريع الأساسي الذي يضع نظام الدولة ، ويحدد علاقة السلطات العامة بالأفراد وعلاقتها بعضها ببعض الآخر .

والتشريع الصادر من الهيئة الرئيسية هو مجموعة من القوانين تنظم الروابط الاجتماعية . ويجب أن تكون خاضعة للتشريع المعمور وفي حدود دأرتها . فالتشريع التي يصطدم مع المبادئ الدستورية يكون تشريعا باطلا .

والتشريع الصادر من الهيئات الفرعية هو تشريع تفصيلي يطبق التشريع الصادر من الهيئة الرئيسية بتفويض من هذه الهيئة . مثل ذلك اللوائح والراسيم والقرارات التي تصدر من هيئات تنفيذية يفوض اليها أمر تنظيم بعض المسائل التفصيلية الواردة في التشريع الصادر من الهيئة



الرئيسية ، ويخضع التشريع الفرعى للتشريع الرئيسى خضوع التشريع الرئيسى للتشريع الأساسى والمحتوى . فلا يجوز أن يصطلم التشريع الفرعى مع التشريع الأساسى ، والا كان باطلا .

#### ٨٧ - رقابة القضاء على التشريع

ونرى من ذلك ان التشريع أنواع متدرجة ، تخضع كل درجة للدرجة التى فوقها . ومن ذلك تنشأ مسألة دستورية القوانين . ويراد بذلك ان التشريع متى يكون صحيحا يجب الا يصطلم بتشريع من درجة أعلى ، فاذا اصطلم به كان غير صحيح أو غير دستورى . ولكن هل يستطيع القضاء أن يقرر بطلان تشريع جاء على هذا النحو ، أو بمباراة أخرى هل للقضاء رقابة على دستورية القوانين ؟

تختلف البلاد اختلافا بينا بالنسبة لموقفها من هذه المسألة فهنا رقابة المحاكم مطلقا ما يعطى للقضاء سلطة تامة فى الرقابة على دستورية القوانين كالولايات المتحدة الأمريكية ، فان المحاكم هناك لما أن تقرر بطلان أى تشريع تراه مصطلما مع نصوص الدستور ، وكثيرا ما تستعمل المحاكم هذا الحق ، حتى قيل أن حكومة الولايات المتحدة الأمريكية هى حكومة القضاء ، ويرجع السبب فى ذلك غالبا الى أن الولايات المتحدة الأمريكية مجموعة من الولايات يتمتع كل منها بقسط كبير من الاستقلال الذاتى ، فاذا صدر تشريع وجب أن يصدر وفقا للدستور الذى ربط هذه الولايات . وهناك بلاد كفرنسا ومصر ، لا تمتدرف للمحاكم بالرقابة على دستورية القوانين الا فى حدود معينة تتسع بالنسبة للتشريع الصادر من الهيئات الفرعية ، وتضيق بالنسبة للتشريع الصادر من الهيئات الرئيسية ، وذلك احتراما لمبدأ فصل السلطات .

رقابة المحاكم محدودة

## ٨٨ — كيفية تحضير التشريع ومنه

التشريع الاساسي

أما التشريع المستورى فتارة يكون منحة السلطان لشعبه ، ويصدر في شكل أمر رئيس الدولة . وطورا يعتبر ملزما للسلطان وللشعب معا ، ويصدر في شكل أمر من رئيس الدولة كذلك أو يكون من عمل هيئة تنوب عن الشعب تسمى عادة بالجمعية الوطنية . فإذا كان المستور منحة من السلطان انطبق هذا على رأى الفيلسوف هيز ، وإذا كان ملزما للسلطان وافق هذا رأى الفيلسوف لك ، وإذا أصدرته جمعية وطنية تسمى هذا مع رأى الفيلسوف روسو ، وقد سبقت الإشارة الى هذه الآراء الثلاثة .

التشريع الرئيسى

أما التشريع الصادر من الهيئة الرئيسية فيمر عادة بمراحل ست : التحضير ، فالتصويت ، فالتصديق ، فالإصدار ، فالتنفيذ . تبدأ الهيئة المختصة بتحضير التشريع الذى اقتضته الحاجة . ثم يعرض على المجالس التشريعية لمناقشته والتصويت عليه . فإذا تم ذلك عرض مشروع القانون على رئيس الدولة للتصديق عليه . حتى إذا ما صدق عليه أصبح قانونا . وبعد التصديق يأتي دور الإصدار ، وإصدار القانون هو إعلانه ، ويكون ذلك عادة بوضع صيغة الإصدار أى إعلان وجود القانون والأمر بتنفيذه ، ثم يأتي دور النشر في جريدة رسمية حتى يعلم به جمهور الناس ، ثم تمضى مدة من الزمن بعدها يعتبر الناس عالمين بالقانون فيصبح قانونا نافذا .

التشريع الفرعى

والتشريع الصادر من الهيئات الفرعية متنوع تنوع الهيئة التى أصدرته ، فعادة تكون السلطة التنفيذية الرئيسية ، وتعتبر في هذه الحالة سلطة تشريعية فرعية فرض اليها أمر التشريع في مسائل معينة ، وتارة تكون إدارة من إدارات السلطة التنفيذية ، أو إدارة محلية ونحو ذلك .

## ٢- سن التشريع في مصر

تاريخ الهيئة التشريعية

٨٩ - الهيئة التشريعية في مصر

عندما كانت مصر جزءاً من الامبراطورية العثمانية يتولى أمورها وال من أسرة محمد علي ، كان هذا الوالي هو الهيئة التشريعية ، وبقي الأمر كذلك الى آخر عهد اسماعيل ، حيث أنشئ مجلس النظار ، فلا تكون القوانين صحيحة الا اذا أمضى عليها الناظر أو النظار المختصون . وفي أول عهد توفيق أعطى للبلاد نظام نيابي لم يدم طويلا اذ قامت الثورة العرابية . وبعد أن احتلت الانجليز مصر جعلت السلطة التشريعية في يد الخديوي ومجلس نظاره يماونها مجلسان نيابيان ، مجلس شورى القوانين والجمعية العمومية ، وكان رأى الهيئة الأولى استشاريا ، أما الجمعية العمومية فرأيها قطعي في الضرائب . وقيل الحرب الكبرى ( سنة ١٩١٣ ) عدل هذا النظام واستبدل به هيئة نيابية واحدة هي الجمعية التشريعية ، وكان رأيها استشاريا كذلك في القوانين وقطعيا في الضرائب ، وعطلت الجمعية التشريعية مدة الحرب وبعدها الى ان اعلن تصريح ٢٨ فبراير سنة ١٩٢٢ ، حيث تقرر أن يكون للبلاد نظام نيابي ، فصدر دستور سنة ١٩٢٣ يجعل السلطة التشريعية في يد مجلسين ، مجلس النواب ومجلس الشيوخ ، وجعل الدولة للصيرية ملكية وراثية ، ورئيس الدولة للملك ، وهو يشترك في السلطة التشريعية . وقد عدل دستور سنة ١٩٢٣ بصدر دستور سنة ٣٠ ، ولكن هذا الدستور الأخير ألغى في السنة الحالية ، ولا تزال البلاد ترتقب عودة دستور سنة ١٩٢٣ . ويتولى السلطة التشريعية مؤقتا الملك مع مجلس وزرائه .

## ٩٠ - تدرج التشريع في مصر :

|   |                            |
|---|----------------------------|
| وفي مصر التشريع متلوج على النحو الذى أوضحناه . فالتشريع                 |                            |
| المحتورى هو القانون الأساسى للبلاد ، ويليه فى القوة التشريع الصادر من   |                            |
| مجلسى النواب والشيوخ مصدقا عليه من الملك . ثم يلى ذلك المراسيم التى     |                            |
| يصدرها مجلس الوزراء فى مسائل تشريعية تفصيلية والقرارات التى             |                            |
| يصدرها الوزراء وحكام الأقاليم والادارات المحلية . فيجب اذن التمييز بين  | المستور                    |
| المستور وهو الذى ينظم السلطات العامة ويصدر بأمر ملكى ممضى عليه من       |                            |
| للك الملك ورئيس الوزراء ، والقانون يصدر بعد موافقة مجلسى النواب والشيوخ | القانون                    |
| وتعديق لللك ، والأمر لللكى ويصدر فيما هو من اختصاص الملك وحده           | الأمر الملكى               |
| أو هو وبعض الوزراء فيكون ممضى من الملك والوزير المختص ، والمرسوم        | المرسوم أو الأمر<br>المالى |
| أو الأمر العالى ويصدر بقرار من مجلس الوزراء ممضى عليه من الملك ،        |                            |
| وقرار مجلس الوزراء ويصدر من مجلس الوزراء وحده دون أن يمضى عليه          | قرار مجلس الوزراء          |
| الملك ، والقرار الوزارى ويصدر من الوزير المختص وحده دون حاجة            | القرار الوزارى             |
| لموافقة مجلس الوزراء ، ثم للقرارات التى تصدر من مديرى الأقاليم ومحافظى  | قرارات محلية               |
| المدن والادارات المحلية ونحو ذلك وهذه تصدر من الجهة المختصة وحدها       |                            |
| دون حاجة الى موافقة الوزير .  |                            |

## ٩١ - رقابة القضاء على التشريع فى مصر :

|  |                                |
|--|--------------------------------|
| يمكن القول بوجه عام أن القضاء له رقابة كاملة على اللوائح والقرارات | الرقابة على التشريع            |
| التي تصدر من الهيئات التشريعية القرعية ، فينظر فى صحتها من ناحية   | القرعى                         |
| الشكل ومن ناحية الموضوع معاً . أما التشريع الذى يصدر من الهيئة     | الرقابة على التشريع<br>الرئيسى |

التشريعية الرئيسية فلا رقابة للقضاء عليه الا من ناحية الشكل دون ناحية الموضوع ، وذلك احتراماً لمبدأ فصل السلطات .

## ٩٢ - كيفية تحضير التشريع وسن في مصر :

يصدر التشريع الدستوري بأمر ملكي كما قدمنا ، وقد جاء في التشريع الدستوري دستوري سنة ١٩٢٣ وسنة ١٩٣٠ أن الأمة مصدر السلطات . وإذا كان دستور ١٩٣٠ قد ألغى دستور ١٩٢٣ لم يعد ، فقد جاء في الأمر الملكي الصادر بالانقضاء أن مبادئ الحرية والمساواة التي قررها دستور سنة ١٩٣٠ لا يزال معمولاً بها . فالحرية الشخصية وحرية الرأي والصحافة وكل الحريات الأخرى مكفولة بهذا الحكم .

هذا ويجوز ، طبقاً لدستور سنة ١٩٢٣ ، تنقيح أحكام الدستور علناً الأحكام الخاصة بشكل الحكومة النيابي البرلماني ونظام وراثة العرش ومبادئ الحرية والمساواة التي يكفلها الدستور . وحتى يمكن تنقيح الدستور فيما عدا ذلك يصدر كل من المجلسين بالأغلبية المطلقة لأعضائه جميعاً قراراً بضرورة وتحديد موضوعه ، فإذا صدق الملك على هذا القرار يصدر المجلسان بالاتفاق مع الملك قرارهما بشأن المسائل التي هي محل للتنقيح ، ولا تصح المناقشة في كل من المجلسين الا اذا حضره ثلثا أعضائه ، ويشترط لصحة القرارات أن تصدر بأغلبية ثلثي الآراء .

أما التشريع الذي يصدر من الهيئة التشريعية الرئيسية فيسن طبقاً للتشريع الرئاسي لدستور ١٩٢٣ على النحو الآتي : يحضر التشريع الوزارة المختصة ويرسل للمشروع المحضر الى وزير الحقانية ليعرضه على اللجنة التشريعية المكونة من المستشارين للملكيين تحت رآسته ، فتنظر في المشروع من ناحية الصياغة

القانونية واتساق التشريع مع سائر قوانين الدولة . ثم يعرض المشروع على مجلس الوزراء فيقره بمرسوم ملكي كمشروع قانون يجب عرضه على مجلس الشيوخ والنواب ، فإذا أقره المجلسان أرسل الى الملك للتصديق عليه . ويجوز لأعضاء مجلس النواب والشيوخ تقديم اقتراحات بمشروعات قوانين ، فإذا أقرها المجلسان أرسلت الى الملك كذلك للتصديق . والملك يصدق على القوانين ويصدرها . فإذا لم ير التصديق على مشروع أقره البرلمان ، رده اليه في مدى شهر لاعادة النظر فيه ، فإذا لم يرد القانون في هذا الميعاد ، عد ذلك تصديقاً من الملك وصدر . وإذا رد مشروع القانون في الميعاد المتقدم ، وأقره البرلمان ثانية بموافقة ثلثي الأعضاء الذين يتألف منهم كل من المجلسين صار له حكم القانون وأصدر . فان كانت الأغلبية أقل من الثلثين امتنع النظر فيه في دور الانعقاد نفسه ، فإذا عاد البرلمان في دور انعقاد آخر الى إقرار ذلك المشروع بأغلبية الآراء المطلقة ، صار له حكم القانون وأصدر . وإذا حدث في غير أدوار انعقاد البرلمان ما يوجب الاسراع لاتخاذ تدابير لا تتحمل التأخير ، فللملك أن يصدر في شأنها مراسيم بقوانين تكون لها قوة القانون ، بشرط ألا تكون مخالفة للدستور ، ويجب دعوة البرلمان الى اجتماع غير عادي وعرض هذه المراسيم عليه في أول اجتماع له ، فإذا لم تعرض ولم يقرها أحد المجلسين زال ما كان لها من قوة القانون . وفي الوقت الحاضر ، حيث لا يوجد برلمان منعقد يكفي لسن التشريع أن يصدر به قرار من مجلس الوزراء ويصدق عليه الملك ، فيكون مرسوماً بقانون نافذا الى أن يتعقد البرلمان فيعرض عليه فان لم يقره سقط .

وإذا تم تصديق الملك على مشروع القانون صار واجب الاصدار والنشر والتنفيذ . وقد نصت للمادة الأولى من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية

على أن « القوانين والأوامر يكون معمولاً بها في جميع القطر المصري عند إعلانها من طرفنا بواسطة درجها بالجرائد الرسمية ، ويجب الإجراء بموجبها في كل جهة من جهات القطر للذكور من وقت العلم بإعلانها ، وتعتبر تلك القوانين والأوامر معلومة لدى جميع أهالي القطر بعد إعلانها بالجرائد بثلاثين يوماً ، ويجوز تنقيص هذا لليعاد بمقتضى نص صريح في القوانين أو الأوامر للذكورة » . وجاء في المادة ٢٦ من دستور سنة ١٩٢٣ أن القوانين تكون نافذة في جميع القطر للمصري بإصدارها من جانب الملك ، ويستفاد هذا الإصدار من نشرها في الجريدة الرسمية » . وصيغة إصدار القانون تكتب في صدره ، وتفيد أنه عمل بموافقة البرلمان ، ويوقع على القانون من الملك ومن رئيس الوزراء ومن الوزراء المختصين بتنفيذه ، ويؤمر فيه الوزراء المختصون بإجراء هذا التنفيذ . ومتى أصدر القانون نشر في الوقائع الرسمية ، وإذا لم ينص فيه على ميعاد للتنفيذ صار نافذاً بعد ثلاثين يوماً من نشره ، ويجوز تقصير هذا لليعاد أو مده بنص خاص كما يجوز جعل القانون نافذاً من وقت نشره .

أما التشريع الصادر من الهيئات الفرعية فقد سبقت الإشارة إليها . التشريع الفرعي

## المبحث الثاني

### مجموع القوانين (التقنين)

٩٣ - ما هو التقنين - مزاياه وعيوبه

التقنين هو تجميع النصوص التشريعية الخاصة بفرع من فروع تعريف التقنين القانون ، وترتيب هذه النصوص وتبويبها ، بحيث يسهل على من يرجع إلى التقنين أن يجد القاعدة القانونية المطلوبة .

وللتقنين هذه المزية المتقدمة : سهولة البحث عن الأحكام القانونية  
بعد أن جمعت في كتاب واحد ، وفي هذا فائدة كبيرة للقضاء وللمتقاضين  
ولجميع المشتغلين بالقانون . ولكن التقنين من شأنه أن يحبس القانون في  
نصوص مرتبة مبررة ، فيجسد على هذه النصوص ، والقانون كائن حتى ،  
لا يمكن قسره على الجود بمنه من التطور .

مزية التقنين

ضرر التقنين

على أن التقنين قد يكون ضرورياً إذا أريد توحيد القانون ، كما وقع  
ذلك في فرنسا وفي ألمانيا وفي سويسرا . ويكون ضرورياً كذلك إذا أريد  
ادخال قانون أجنبي ، كما وقع ذلك في مصر وفي تركيا .

ضرورة التقنين

#### ٩٤ — تقنين السرائع القريمة

والتقنين لا يكون في العادة إلا بعد أن يجتاز القانون مرحلة من النمو  
والتطور تجعله قابلاً للتجسيم ، وتجعل هناك فائدة من تسجيله بعد بلوغه  
هذه المرحلة .

وهذا ما وقع للقانون الروماني ، فقد قن مرتين ، مرة عند نهاية  
المرحلة الأولى من نموه ، في الألواح الاثني عشر ، وأخرى عند نهاية  
المرحلة الأخيرة من نموه ، في تقنينات جوستينيان .

القانون الروماني

وهذا ما وقع أيضاً ، بقدر محدود ، للقانون الانجليزي . على أن  
القانون الانجليزي يستصعب عادة على التقنين ، فإن مصدره الأساسي هو  
القضاء ، والقضاء لا يقن لأنه في تطور مستمر ، ويقوم مقام التقنين في  
القضاء تجسيم الأحكام والسوابق القضائية وترتيبها وتبويبها . على أن  
القانون الانجليزي قد قن في بعض أجزائه ، كما في القوانين الخاصة ببيع  
البضائع والأوراق المالية والشركات ، ثم قننه بعض الفقهاء تقنيناً غير  
رسمي كما فعل جنكس ودايمس وستيفن .

القانون الانجليزي



أما الشريعة الإسلامية فبقيت غير مقتنة ، الى أن أصلد الأتراك الشريعة الإسلامية  
تقنينهم المشهور في المجلة ، ولا تزال المجلة مطبقة في بعض البلاد العربية  
كالعراق وسوريا . وقد قن المرحوم قدرى باشا الشريعة الإسلامية تقنيناً  
غير رسمي في كتبه الشهيرة : مرشد الحيران في المعاملات والأحوال  
الشخصية والوقف .

#### ٩٥ — حركة التقنين العربية

على أن الحركة القوية في التقنين بدأت في أوائل القرن التاسع عشر  
بتقنينات نابليون المشهورة ، وأهمها التقنين المدني الذي صدر في سنة ١٨٠٤ ،  
وصدرت بعده تقنينات أخرى في قانون المرافعات في سنة ١٨٠٦ ، وفي  
القانونين التجاري والبحري في سنة ١٨٠٧ ، وفي قانون الاجراءات الجنائية  
في سنة ١٨٠٩ ، وفي القانون الجنائي في سنة ١٨١٠ . ثم قن في العهد  
الآخر فروع أخرى للقانون الفرنسي ، كالتقنين الخاص بتشريع العمل  
والتقنين الخاص بالتشريع الزراعي .

وتلت التقنينات الفرنسية تقنينات أخرى كثيرة في البلاد الأوروبية  
التقنين النمساوي في سنة ١٨١١ ، والتقنين الايطالي في سنة ١٨٦٥ ،  
والتقنين العثماني ( المجلة ) في سنة ١٨٦٩ ، والتقنين السويسري في سنة  
١٨٨١ ، والتقنين الألماني في سنة ١٩٠٠ ، والتقنين السويسري في  
الالتزامات في سنة ١٩١٢ .

واقفت البلاد الشرقية أثر أوروبا في التقنين ، فصدر التقنين الهندي  
الجنائي في سنة ١٨٦٠ ، والتقنينات المصرية في سنتي ١٨٧٥ و ١٨٨٣ ،  
والتقنين السوداني الجنائي في سنة ١٨٩١ . وصدر في القرن الحاضر التقنين

الياباني والتقنين الصيني . والتقنين العراقي في العقوبات وفي المرافعات الجزائية .

### ٩٦ - أصول التقنين الحكيم

وقوف المدرسة  
التاريخية في وجه  
التقنين

وقد عقب التقنينات الفرنسية في أوائل القرن التاسع عشر أن قامت حركة تبشر بالتقنين . وقام في ألمانيا الفقيه تيبو ينادي بوجوب تقنين القانون الألماني . فتصدى له سافيني زعيم المدرسة التاريخية ، ووقف في وجه التقنين وقفة عنيفة ، فكان ذلك سببا في تأخير التقنين الألماني نحو قرن ، إذ صدر هذا التقنين في آخر القرن التاسع عشر كما قدما . ولم تكن وقفة سافيني إلا نتيجة طبيعية لمذهبه في القانون ، فهو يراه تطورا مستمرا والتقنين يقف من حركة هذا التطور . أما الفرنسيون فقد كانوا متأثرين في أول القرن التاسع عشر بنظرية القانون الطبيعي الثابت الأبدى ، فكان من المعقول أن يسلموا بفائدة التقنين بل بضرورته .

أصول التقنين السالح  
على ان الواقع من الأمر ان التقنين له مزايا وله عيوب كما قدما ، فمن المغالاة التمصب له أو عليه . ولكن مزاياه ترجح عيوبه اذا كان حكيما . وأهم أصول التقنين الحكيم أن يتجنب التعريفات الطلية ، ويترك الخوض في التفصيلات الجزئية ، ويقتصر على وضع قواعد عامة ومعايير قانونية ، تكون من المرونة بحيث تترك للقاضي عند تطبيقها مجالاً لوضع الحلول المناسبة لظروف كل قضية ، ولا تحبس القانون في نصوص جامدة تقف به دون التطور .

المهمة الحقيقية للتقنين  
والواجب أن فهم مهمة التقنين على الوجه الصحيح ، فليست هذه المهمة تسجيل قواعد قانونية ثابتة لا تتغير ، فان التقنين لا يلبث أن يتم حتى يقوم الى جانبه من القواعد الفقهية والقضائية ما يكاد يغطي على القواعد

التي سجلها التقنين إنما يراد بالتقنين أن يكونوا مفتاحا للبحث يجعل المشور على القواعد القانونية سهلا ، على أن يكمل البحث بالرجوع الى المصادر الأخرى وأهمها الفقه والقضاء . فإذا كانت هذه هي مهمة التقنين ، فلا شك في أنه قد أسدى خدمة جليلة في هذا السبيل ، ولا ينكر أحد أن التشريع للقرن أسهل في بحثه من القانون « غير المكتوب » الذي يجب أن تتلمس أحكامه في السوابق القضائية للتكدسة أو في كتب الفقه الواسعة .

على ابن التقنين ، حتى يحتفظ بفائدته ، يجب مراجعته من وقت لآخر ، حتى يكون متمشيا مع حالة القضاء والفقه . أما التقنين الذي لا يراجع فلا يلبث أن يصير قديما ، لا يعبر عن حالة القانون الحقيقية ، وقد يكون ضرره أشد من فقهه ، اذ يصبح خداعا .

#### ٩٧- التقنينات المصرية :

ونأتي الآن بكلمة موجزة عن حركة التقنين في مصر . لم تكن مصر تعرف تقنينا شاملا قبل عهد الاصلاح القضائي . ولم تطبق المجلة العثمانية لاستقلال البلاد استقلالا قضائيا عن دولة الخلافة . والتقنين في مصر جاء تابعا لحركة انشاء المحاكم ، فكما أنشئ نوع نظامي من هذه المحاكم تبع ذلك أن يوضع لهذا النوع تقنيناته التي يطبقها . بدأت هذه الحركة بانشاء المحاكم المختلطة فوضعت التقنينات المختلطة ، ثم نظمت المحاكم الشرعية فوضعت لها لأئحة عدلت بعد ذلك غير مرة ثم أنشئت المحاكم الأهلية . وجاء بعد ذلك دور المجالس الحسينية فوضعت لها لأئحة تلتها لأئحة أخرى .

#### التقنينات المختلطة

كان أول التقنينات المصرية إذن هي التقنينات المختلطة . فان اسماعيل عند ما فكر في اصلاح نظام الامتيازات الأجنبية بانشاء المحاكم المختلطة ، وواقت الدول الأجنبية على انشاء هذه المحاكم بعد مفاوضات طويلة شاقة ،

كان من المتفق عليه أن تطبق هذه المحاكم تقنينات تؤخذ من التقنينات الفرنسية ، إذ أن هذه التقنينات كانت في ذلك العهد أقرب متناولا وأبعد شهرة وأقرب الى التطبيق على الجاليات الأجنبية في مصر من سائر التقنينات . فكلف نوبار أحد المحامين الفرنسيين المقيمين في مصر ، الأستاذ مونورى ، وكان سكرتيرا له وسكرتيرا للجان الدولية التي انعقدت في القاهرة لتحضير لأشعة المحاكم المختلطة ، بوضع ستة تقنينات على غرار التقنينات الفرنسية ، فوضع التقنين للدنى والتقنين التجارى والتقنين البحرى وتقنين المرافعات والتقنين الجنائى وتقنين الاجراءات الجنائية وأخذها كلها عن التقنينات الفرنسية التي سبقت الاشارة اليها ، مع ايجاز يصل في بعض الأحيان الى حد الاقتضاب ، وقد أخذ في بعض المسائل بأحكام الشريعة الاسلامية كما في الشفعة وفي بيع المريض مرض الموت وفي بعض مسائل البيع والايجار كما سبقت الاشارة الى ذلك . وقد تم وضع التقنينات المختلطة في سنة ١٨٧٥ ، وهي تطبق حتى اليوم ، بعد أن أدخلت عليها تعديلات جزئية لا تغير من جوهرها .

لاحقة ترتيب المحاكم  
الشرعية

وقد كان الربع الأخير من القرن التاسع عشر يشتمل على حركة إصلاح قضائى واسعة للدى في مصر فبعد انشاء المحاكم المختلطة فكر أولو الأمر في إعادة تنظيم المحاكم الشرعية ، فصدرت لأشعة سنة ١٨٨٠ . ثم حلت مكانها لأشعة أخرى في سنة ١٨٩٧ . وحلت مكان الثانية ثالثة صدرت في سنتى ١٩٠٩ و ١٩١٠ .

وقد عدلت هذه اللاشعة الثالثة عدة مرات في بعض أحكامها ، وآخر تعديل لها كان في سنة ١٩٣١ ، وهو التعديل المعمول به الى الآن . ولأشعة ترتيب المحاكم الشرعية هي في أساسها تقنين لاجراءات المرافعات التي يجب

اتباعها أمام المحاكم الشرعية ، وقد أخذت عن تقنين للرافضات الذى تطبقه المحاكم المختلطة والمحاكم الأهلية ، وهذا التقنين مأخوذ من التقنين الفرنسى كما تقدم . على أن اللائحة تتضمن عددا اجراءات للرافضات ، بعض أحكام موضوعية مكانها الطبيعى هو التقنين المدنى لا تقنين للرافضات . وكان للمقول أن يكون للمحاكم الشرعية تقنينان ، الأول موضوعى وهو التقنين للدنى ويتضمن أحكام الشريعة الاسلامية فى الأحوال الشخصية مقننة رسميا ، والثانى شكلى وهو تقنين للرافضات ، وهذه هى لائحة الاجراءات التى بين أيدينا .

وقد دعا انشاء المحاكم المختلطة ولاية الأمر الى تنظيم القضاء بين المصريين على الأسس التى نظم بها القضاء بين الأجانب ، فأنشئت المحاكم الأهلية ، وقد صدرت أول لائحة لها فى سنة ١٨٨١ ، وشكلت لجنة لوضع التقنينات الأهلية كان رئيسها حسين خرى باشا ومن أعضائها فاشير النائب العمومى لدى المحاكم المختلطة ، وموريوندو الايطالى ولو الانجليزى وكانا قاضيين بالمحاكم المختلطة ، وبطرس غالى باشا وكان وكيل نظارة الحفانية . وقد وضعت هذه اللجنة التقنينات الأهلية منقولة عن التقنينات المختلطة ، ويكاد النقل يكون حرفيا . وكلف فاشير بوضع التقنين الجنائى وتقنين الاجراءات الجنائية ، وموريوندو بوضع التقنين المدنى وتقنين للرافضات . ثم صدرت اللائحة الثانية لترتيب المحاكم الأهلية فى يونيو سنة ١٨٨٣<sup>(١)</sup> . وهى اللائحة للمصول بها الآن ، وصدرت التقنينات

---

(١) وقد يجب الباحث كيف أن قانونا أجنبيا دخل مصر طرفة واحدة مع أن أعمار المدرسة التاريخية يبررون أن القانون ليس الا نبت البيئة وثمره للتطور . ولكن هذا العجب يخف كثيرا اذا لاحظنا ما يأتى : ( أولا ) لم يمس الشرع المصرى الأحكام القانونية الا كثيرا اتصالا بالشخص واليتموالمعتقدات الدينية ، فترك مسائل =

الأهلية بعد ذلك ، التقنين اللدنى فى ١ أكتوبر سنة ١٨٨٣ وبقيّة التقنينات ( المرافعات والتجارى والبحرى والجنائى والاجراءات الجنائية ) فى نوفمبر سنة ١٨٨٣ . واقتضت المحاكم الأهلية فى يناير سنة ١٨٨٤ . ولم ينقح من التقنينات الأهلية غير التقنين الجنائى وتقنين الاجراءات الجنائية فى سنة ١٩٠٤ ومر على التقنينات الأخرى نصف قرن دون تنقيح ، الا بعض تعديلات جزئية ، مع أن وضعها الأصل لم يكن محكما ، وعيوبها الجوهرية كثيرة . وهناك لجنة شكلت منذ أكثر من عشرين سنة ، وعمل تشكيلها مرارا ، مهمتها تنقيح قانون المرافعات ، ولكنها لم تنته من مهمتها الا أخيرا . والتقنين اللدنى فى أشد الحاجة الى التنقيح ، بما جعله يسائر القضاء فى مدى خمسين سنة ، ويتمشى مع القانون المقارن والحركة العلمية الحديثة ، ويرجمه الى مصدره الطبيعى وهو الفقه الإسلامى فيستمد من أحكامه ما يلائم البيئة والمدنية الحاضرة . وقد ألقت حديثا لجان لتعديل هذه القوانين .

ولما ألقى « بيت المال » نظمت المجالس الحسينية ، وصدرت لأمتها فى سنة ١٨٩٦ . وقد عللت هذه اللائحة مرارا . ولكن التعديل الجوهري تم فى سنة ١٩٢٥ اذ صدرت اللائحة المعمول بها الآن وقد وضعت النواة لتوحيد القضاء فى الأحوال الشخصية ما بين المصريين جميعا

لائحة ترتيب  
المجالس الحسينية

= الأحوال الشخصية للمعالم الفرعية والمجالس لللية . ( ثانيا ) وفى الأحكام الأخرى الخاصة بالمعاملات لم يكن دخول القانون الفرنسى طرفة واحدة كما يظن لأول وهلة . فن عهد محمد على كانت القوانين الفرنسية تسرب الى مصر ، لا سيما فى المسائل التجارية . ثم أن احتكاك الأجانب بالمصريين من جهود طوبى جعل قبول المصريون لقانون أجنبى أمرا ممكنا ، على أن المشرع للعصرى رجع فى بعض المسائل المدنية الى الفرية الإسلامية . هذا الى أنه لا يوجد تنافر بين فى المعاملات بين أحكام الفرية الإسلامية وأحكام القانون الفرنسى .

دون نظر الى اختلاف الدين . فقد أصبحت لأئمة المجالس الحسينية واختصاص هذه المجالس يمتد الى كل المصريين في مسائل الأهلية والوصاية والحجر ولأئمة المجالس الحسينية خليط من أحكام موضوعية واجراءات ، وقد صدرت لأئمة تنفيذية للاجراءات مكملة للأئمة الأولى في سنة ١٩٢٥ ، وعدلت للأئمة الأولى في سنة ١٩٣١ . وتطبق المجالس الحسينية هذه التقنينات كما تطبق أحكام الشريعة الاسلامية فيما لم ينسخه نص في اللوائح .

## المبحث الثالث

### تطبيق التشريع

٩٨ - التطبيق في المكان وفي الزمان :

تتكلم في تطبيق التشريع من حيث المكان ، وتطبيق التشريع من حيث الزمان وتطبيق التشريع من حيث المكان يبين مدى ما يتناوله التشريع في تطبيقه من حدود اقليمية . وهل يمتد الى كل رعايا الدولة صاحبة التشريع ، والى أى حد يمتد الى الأجانب أما تطبيق التشريع من حيث الزمان فيتضمن مدى ما يتناوله في تطبيقه من حدود زمنية ، وهل يمتد الى أفضية سابقة على صدوره فيكون له أثر رجعي . فتطبيق القانون من حيث المكان ومن حيث الزمان هو تحديد مدى تطبيقه من حيث الأشخاص ومن حيث الأفضية .

معنى التطبيق من حيث المكان

معنى التطبيق من حيث الزمان

### ١ - تطبيق التشريع من حيث المكان

٩٩ - القاعدة الأساسية هي وحدة القانون ووحدة المحكمة

القاعدة في القانون الحديث أن التشريع ، والقانون بوجه عام ،

وحدة القانون  
ووحدة المحكمة

يطبق في حدود البوالة على جميع القاطنين في بلادها ، سواء كانوا وطنيين أو أجنبان . ويطبق القانون نوع واحد من المحاكم . فوحدة القانون ووحدة المحكمة هما أساس تطبيق التشريع من حيث المكان .

أمثلة على ذلك

وتطبيقا لهذه القاعدة ترى التشريع والقوانين الفرنسية تطبق على جميع القاطنين في البلاد الفرنسية ، فمن ارتكب جريمة في فرنسا حوكم أمام محكمة فرنسية ، وطبق عليه القانون الجنائي الفرنسي ، سواء كان فرنسيا أو أجنبيا ، ومن صدر منه تصرف مدني أو تجاري ونشأ عنه نزاع ، طرح هذا النزاع على محكمة فرنسية ، وطبق القانون المدني أو القانون التجاري الفرنسي ، سواء كان الخصوم فرنسيين أو أجنبان . فلا يوجد في فرنسا الا محكمة واحدة هي المحكمة الفرنسية ، والا قانون واحد هو القانون الفرنسي . وكذلك الحال في سائر البلاد الغربية .

#### ١٠٠ - استثناءات من هذه القاعدة

على انه يستثنى من قاعدة التطبيق الاقليمي للقانون بعض حالات يكون التطبيق فيها شخصيا نذكر منها ما يأتي :

قواعد القانون الدولي الخاص

(١) ما تقضى به قواعد القانون الدولي الخاص من وجوب تطبيق قوانين أجنبية في بعض الأحوال ، كقانون الجنسية في مسائل الأحوال الشخصية ، وقانون محل العقار في المسائل العقارية ، ونحو ذلك . الا انه يلاحظ هنا ان القانون الأجنبي انما يطبق لأن القانون الوطني هو الذي قضى بهذا التطبيق ، فتطبيق القانون الأجنبي انما هو تطبيق للقانون الوطني .

قواعد القانون الجنائي

(٢) ما يقضى به القانون الجنائي في كثير من البلاد من امتداد سلطانه الى جرائم ترتكب خارج حدود البوالة ، كما اذا كانت الجريمة



ضد أمن الدولة أو ضد قدما ، وكا اذا كان مرتكب الجريمة وطنيا  
ارتكبها خارج حدود بلاده وكانت الجريمة معاقبا عليها في البلاد التي  
ارتكب فيها ولم توقع عليه عقوبة في هذه البلاد .

(٣) وهناك بعض قوانين لا تطبق الا على الوطنيين دون الأجانب ،  
قواعد خاصة  
بالوطنيين  
اما لأنها تتضمن مزايا سياسية كالانتخاب والترشيح للبيئات العامة ،  
أو لأنها تفرض واجبات خاصة بالوطنيين لخدمة العسكرية .

#### ١٠١ - تاريخ تطور القاعدة

على أن قاعدة التطبيق الاقليمي للتشريع لم تكن مضطربة في  
مختلف المصور ، وهي غير مضطربة الآن في مختلف البلاد .

أما من حيث عدم اضطرابها في مختلف المصور ، فقد كان القانون  
طور القاعدة في  
مختلف المصور  
الروماني في روما لا يطبق الا على الرومانيين دون الأجانب ، فكان التطبيق  
شخصيا لا اقليميا . ثم لما اتسعت الإمبراطورية الرومانية صار التطبيق  
إقليميا ، وطبق القانون الروماني على الإقليمين في حدود الإمبراطورية .  
ولما تفرقت الإمبراطورية الرومانية وانقسمت الى دول مستقلة ، رجع  
التطبيق شخصيا ، واستمر كذلك قرونا عديدة ، وصار القانون الروماني  
يطبق على السكان الأصليين ، وقانون كل قبيلة جرمانية من التزاة يطبق  
على أفرادها ، وذلك كله في البلد الواحد . فإذا كان خصوم القضية  
لا ينتمون الى قانون واحد ، طبق قانون للدعى عليه . ثم امتزجت القوانين  
الجرمانية بالقانون الروماني ، وتوحدت القوانين في البلد الواحد ، وعاد  
تطبيق القانون اقليميا كما كان ، وأصبحت هذه القاعدة العامة في البلاد  
العربية كما قدمنا .

عدم اضطراد القاعدة  
في مختلف البلاد

أما من حيث عدم اضطراد القاعدة في مختلف البلاد ، فإن كثيراً من البلاد الشرقية لا تعرفها ، بل إن القاعدة عندها هي شخصية التطبيق كما يلاحظ ذلك في مصر والهند والصين وسيام وبلاد المغرب والحبشة وغيرها من البلاد الشرقية . فيطبق قانون الدين في الأحوال الشخصية ، وقوانين الجنسية في المسائل الجنائية وبعض المسائل المدنية والتجارية . على أن النزعة الحديثة في البلاد الشرقية هي القضاء على التطبيق الشخصي للقانون واستبدال التطبيق الاقليمي به ، جريا على سنن المدنية الحديثة . وقد سبقت اليابان الى ذلك ، ثم تلتها تركيا ثم فارس . وتحاول مصر الوصول الى قاعدة التطبيق الاقليمي للقانون .

#### ١٠٢ - الحالة في مصر ( الجنسية والميراث )

والقاعدة في مصر هي أن القانون شخصي التطبيق . وقد دعا الى ذلك طاملان ، الجنسية والدين . فالجنسية أوجلت محاكم للأجانب خاصة بهم وقوانين تطبق عليهم . والذين فرق بين المسلمين والمسيحيين واليهود وغيرهم من الطوائف المصرية فأوجد محاكم وقوانين للمسلمين غير المحاكم والقوانين التي لنير للمسلمين . وبمارة أخرى ترجع قاعدة شخصية التطبيق في مصر الى الامتيازات الأجنبية والامتيازات الطائفية .

الجنسية  
الدين

#### ١٠٣ - الامتيازات الأجنبية

وقد كانت الامتيازات الأجنبية تقضى ، قبل انشاء المحاكم المختلطة ، بأن التشريع للصوى لا يطبق على الأجانب الا اذا وافقت عليه الدول صاحبات الامتياز . وكانت تقضى كذلك بأن الأجنبي لا يتقاضى ولا يحاكم أمام محكمة مصرية ، بل كانت فصليته هي المختصة في المسائل الجنائية ومسائل

قبل انشاء المحاكم  
المختلطة

للأحوال الشخصية والمسائل المدنية والمسائل التجارية. فإذا اختلفت جنسية الخصوم تكون قنصلية المدعى عليه هي المختصة . فالقانون كان اذن شخصي التطبيق إذ كان القانون للمصرى لا يطبق على الأجانب والمحاكم المصرية لا يتقاضى أمامها الأجانب . على أن التنى قضت به الامتيازات الأجنبية في مصر لم تكن تقضى به في البلاد العثمانية وهي البلاد التي امتدت اليها منها الامتيازات الأجنبية ، وذلك من وجبهين .

(١) كان الأمر في تركيا أن قاعدة اختصاص محكمة المدعى عليه لا تطبق اذا كان أحد الخصوم عثمانيا ، حتى لو كان مدعيا والمدعى عليه أجنبي ، والمحكمة المختصة في هذه الحالة هي المحكمة العثمانية . أما في مصر فقد اضطرت القاعدة بحكم العادات للرعية لا بحكم للماهدات ، وصارت قنصلية المدعى عليه هي المختصة اذا كان أجنبيا ، حتى لو كان المدعى مصريا .

(٢) وكانت المسائل العقارية ، من تشريع وضرائب واختصاص قضائى ، خارجة عن نطاق الامتيازات الأجنبية . ذلك أن الأجانب لم يسمح لهم بتملك عقارات في البلاد العثمانية . ثم سمح لهم بذلك بقانون صدر في سنة ١٨٦٧ ، على أن يكونوا خاضعين في العقارات التي يملكونها لقوانين البلاد ولاختصاص محاكمها . أما في مصر فقد سمح للأجنبي بتملك العقار بحكم العادة . ثم أصبح يتمتع بامتيازاته في تملكه للعقار بحكم المادة كذلك وكان الواجب أن يخضع الأجنبي في مصر في الشؤون العقارية لقوانين البلاد ولاختصاص محاكمها ، وكان الواجب كذلك أن تسرى عليه الضرائب العقارية دون حاجة الى مواقة الفول صاحبات الامتياز .

## انشاء المحاكم المختلطة

على أن شيئاً من ذلك لم يكن ، بل أن نوبار ، عند ما فاض البول في تعديل الامتياز فاوضحهم على أساس أن لهم كل هذه الامتيازات مع انكاره ذلك عليهم في مذكراته . وتقدم اليهم بمشروع يقضى بانشاء محاكم مختلطة ، تنتقل اليها اختصاصات المحاكم القنصلية في المسائل المدنية والتجارية والجنائية ، على أن تشكل هذه المحاكم من قضاة أجنبى وقضاة مصريين ، ويكون للأجنبى الأغلبية . وقد عقدت لجان دولية متعددة لفحص مشروع نوبار ، وترددت البول ذوات الامتياز في الموافقة عليه وبالأخص فرنسا ، واحتج الباب العالى على دخول مصر في مفاوضات مع البول الأجنبية ، وقامت عقبات لم يكن من السهل تذليلها ، ولكن اسماعيل ووزيره نوبار بذلا ما يستطيعان من جهد ، بعد أن فتح اسماعيل خزانة الأموال ، وانتهى الأمر الى أن البول وافقت على انشاء المحاكم المختلطة ، على أن ينتقل اليها اختصاص المحاكم القنصلية في المسائل المدنية والتجارية ( الا اذا كان الخصوم من جنسية واحدة والقضية غير عقارية ) ، أما الاختصاص الجنائى فيبقى للمحاكم القنصلية الا فى المخالفات ،

فأصبحت المحاكم المختلطة تختص بما يأتى :

- (١) المسائل المدنية والتجارية اذا كان الخصوم فيها مختللى الجنسية .
  - (٢) المسائل العقارية اذا كان أحد الخصمين أجنبى حتى لو كان الخصم الآخر أجنبى من نفس الجنسية .
  - (٣) المخالفات التى تقع من الأجنبى .
- وبقيت المحاكم القنصلية مختصة بما يأتى :
- (١) المسائل المدنية والتجارية اذا كانت غير عقارية وكان الخصمان فيها من جنسية واحدة .

(٢) مسائل الأحوال الشخصية .

(٣) المسائل الجنائية في غير الخلفات .

على أن المحاكم المختلطة سارت على سياسة التوسع في اختصاصها ما استطاعت الى ذلك سبيلا . ويكفي أن نورد مثلين للتدليل على ذلك :

(١) أدخلت في اختصاصها كل أجنبي ، ولو لم يكن متتميا للدولة من الدول ذوات الامتياز . مع أنها محاكم أنشئت بموجب معاهدات بين مصر والدول ذوات الامتياز ، فيجب أن يقتصر اختصاصها على رعايا الدول ذوات الامتياز ، أما فيما يتعلق بغيرهم من الأجانب ، فإن الأمر يرجع الى نصابه ، ويكون التشريع المصري واختصاص المحاكم المصرية ساريا عليهم طبقا لقاعدة التطبيق المحلي . وعبنا حاول المشرع المصري أن يؤكد هذا المعنى بإدخاله تعديلا في صياغة المادة ١٥ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية في سنة ١٩٢٩ ، فأصبحت الفقرة الأخيرة تنص على ما يأتي :

« ويشمل الاختصاص المدني والجنائي للمحاكم الأهلية المصريين والأجانب الذين لا يكونون غير خاضعين لقضائهم في كل المواد المناخلة في اختصاصها أو في بعضها بمقتضى معاهدات أو اتفاقات أو عادات » ،  
فإن المحاكم المختلطة أثبتت الاصل في طريقها ، وبقيت تمتد اختصاصها الى كل الأجانب ، سواء منهم المتمتعون بالامتيازات وغير المتمتعين .

(٢) وسعت المحاكم المختلطة كذلك اختصاصها الى حد كبير بفضل نظرية « المصالح المختلطة » . والأصل في هذه النظرية نص ورد في المادة ١٣ من لائحة ترتيب المحاكم المختلطة ، وهو يقضى بأن مجرد عمل رهن

عقارى لمصلحة أجنبي على عين عقارية ، أيا كان مالكا أو واضع اليد عليها ، يجعل المحاكم المختلطة مختصة بالحكم فى حصة هذا الرهن وفى جميع نتائجه ، ومنها بيع العقار جبريا وتوزيع ثمنه . فالتخذت المحاكم المختلطة من هذا النص أساسا لمد اختصاصها الى مسائل ليست فى الواقع من اختصاصها . من ذلك أنها جعلت نفسها مختصة فى حجز ما للمدين لدى الفير اذا كان المحجوز لديه أجنبيا ، حتى لو كان كل من الحاجز والمحجوز عليه مصرياً . ومن ذلك أنها تعتبر الشركات المصرية خاضعة لاختصاصها متى كان بين المساهمين أجنبي . بل انها اعتبرت المجلس البلدى بمدينة الاسكندرية خاضعا لاختصاصها ، مع أن هذا المجلس ادلة مصرية ، وقد نص فى قانونه الأساسى على أنه مصرى الجنسية ، وبنت دعواها على أن هذا المجلس يدير مصالح أجنبية .

أما التشريع المصرى فكان لا يسرى على الأجانب ، حتى بعد انشاء المحاكم المختلطة الا اذا واقتت الدول ذوات الامتياز عليه . فكان اذن تشريعا شخصى التطبيق . ثم أدخل تعديل جوهرى على هذه القاعدة فى سنة ١٩١٢ . ورضيت الدول ذوات الامتياز أن يسرى التشريع المصرى على الأجانب ، بشرط أن توافق عليه الجمعية العمومية لمحكمة الاستئناف المختلطة ( وينضم الى الجمعية العمومية قضاة يرتبب المحاكم المختلطة والتشريع المالى هذه الجمعية ) ، وذلك فيما عدا لأئحة ترتيب المحاكم المختلطة والتشريع المالى ( الضرائب ) ، فالتعديل فى شئ من ذلك لا يسرى على الأجانب الا بموافقة الدول ذوات الامتياز ، ولا تكفى موافقة الجمعية العمومية .

هذا هو مجمل الحال فى مصر الآن من قصور التشريع والقضاء المصريين عن تناول الأجانب . فالأجنبي فى مصر يتمتع بامتيازات تجعله

فى مركز أسمى من مركز المصرى ، بينما أن الأجنبى فى البلاد الأخرى لا يرتفع الى مكان الوطنى. والحاكم المختلطة هى معقل الامتيازات الأجنبية تصونها وتقونها . وقد فرض أجل هذه الحاكم خمس سنوات تتجدد ، وقد تجددت مرة بعد مرة ، ثم انتهى الأمر الى أنها تبقى ، حتى اذا أرادت الحكومة المصرية إلغاءها فلها ذلك بعد سنة من نشر مرسوم بإلغائها فى الجريدة الرسمية ، وتعود الحال فى الامتيازات الأجنبية عندئذ الى ما كانت عليه قبل انشاء الحاكم المختلطة .

مشكلة الامتيازات  
والساحنة المصرية  
البريطانية

ومسألة الامتيازات الأجنبية من مشكلات مصر البارزة . وقد شغلت مكانا كبيرا فى المفاوضات التى دارت بين مصر وإنجلترا فى مراحلها المختلفة منذ مفاوضات ملنر الى الآن . ويكفى أن نذكر هنا أن المشروعات المختلفة التى انتهت إليها المفاوضات المشار إليها مجمعة على أن « نظام الامتيازات القائم فى مصر لا يلائم روح العصر ولا حالة مصر الحاضرة » . وهناك مقترحات خاصة بالتشريع وأخرى خاصة بالقضاء . وفى التشريع أظهرت الحكومة البريطانية أنها مستعدة لتأييد مصر ( فى مؤتمر يعقد قريبا للنظر فى الامتيازات الأجنبية ) ، فى أن يكون التشريع المصرى نافذا على الأجانب ، بما فى ذلك التشريع المالى ، على أن يكون هذا التشريع غير مناقض للمبادئ التى يجرى العمل بموجبها عادة فى التشريع الحديث التى يسرى على الأجانب ، وأنه فيما يتعلق بوجه خاص بأى تشريع ذى صفة مالية ، لا يوجد تمييز غير عادل ضد الأجانب ، بما فهم الشركات الأجنبية .

أما التعهدات الخاصة بالقضاء فتتلخص فى أن ينتقل الى الحاكم المختلطة اختصاصات الحاكم القنصلية التى سبق ذكرها ، وبذلك تلغى الحاكم القنصلية ، وتقوى الحاكم المختلطة ، لاسيا بعد أن يضاف إليها الاختصاصات المتعلقة

بالمسائل الجنائية وبمسائل الأحوال الشخصية . وقد يكون نجاح المؤتمر القادم خطوة عملية نحو توحيد القضاء في مصر ولكن مع تحفظات ثلاثة :

(أولاً) يجب جعل القضايا العقارية من اختصاص المحاكم الأهلية دائماً ، ولو كان للتقاضون كلهم أجنب ومن جنسية واحدة ، فإن الأجانب لم يخول لهم حق تملك العقارات في البلاد العثمانية إلا بشرط خضوعهم للمحاكم البلاد كما قدمنا .

(ثانياً) ويجب اعتبار المحاكم المختلطة باختصاصاتها الجديدة محاكم استثنائية مؤقتة ، مصيرها الى الزوال ، ويمهد السبيل لادماجها بالمحاكم الأهلية ، حتى يتوحد القضاء في البلاد . وهذا ما قبلته بريطانيا مبدئياً في للماهدة التي عقدها مع مصر .

(ثالثاً) ويجب أخيراً ، في المدة التي تبقى فيها المحاكم المختلطة ، أن يتقوى العنصر للمصرى فيها ، العنصر القضائي والعنصر الادارى ، وأن تستعمل اللغة العربية في المرافعة وكتابة الأحكام الى جانب اللغة الفرنسية ، وأن يكون القضاة المصريون ممثلين للقضاة الأجانب في عددهم وفي حقوقهم <sup>(١)</sup> .

#### ١٠٤ - الامتيازات الطائفية

وما يزيد مسألة القضاء تعقيداً في مصر أن وجدت الامتيازات الطائفية ، وأساسها الدين ، الى جانب الامتيازات الأجنبية وأساسها الجنسية . فكما أن التشريع للمصرى والقضاء للمصرى لا يمتد الى الأجانب ،

أساسها الدين

(١) ( انظر كذلك بحثنا في التفرقات البريطانية للمروضة على مصر بشأن الامتيازات الأجنبية ص ٦٨ — ص ٣٠ — ص ٤٩ — ص ٨٣ ) .



فان المصريين أنفسهم لا يخضعون جميعا لجهة قضاء واحدة . واذا كانت المحاكم الأهلية والمجالس الحسينية يخضع لقضايتها ولتشريعها كل المصريين في دائرة المسائل المدنية والتجارية والجنائية ومسائل الأهلية والحجر ، ففي بقية مسائل الأحوال الشخصية لا يخضع المصريون لقضاء واحد ولقانون واحد . فالدين هنا ، كالجنسية هناك ، سبب في تعدد جهات القضاء وفي تعدد القوانين : للمسلمون يخضعون للمحاكم الشرعية وللشريعة الاسلامية ، أما غير المسلمين فطوائف متعددة ، كل طائفة تخضع لمجلس ملتها ولقانون هذا المجلس .

فالقانون هنا أيضا شخصى التطبيق يختلف باختلاف الدين . واذا كان من الواجب جعل القانون أقلبيا بالنسبة للأجانب ، فالأوجب جنله أقلبيا بالنسبة للمصريين أنفسهم . والأصلاح القضائى يستوجب أن يكون هناك قانون واحد ومحكمة واحدة لجميع القاطنين في مصر ، على اختلاف جنسياتهم وعلى اختلاف أديانهم .

وحتى يمكن توحيد القانون وتوحيد المحكة بالنسبة للمصريين في دائرة الأحوال الشخصية ، يمحدر بالمشرع المصرى أن يسير في هذا الطريق خطوات متدرجة ، حتى يصل الى ما وصل اليه في مسائل الأهلية والحجر قد وحد فيها القانون في لائححة المجالس الحسينية ، ووحدت فيها المحكة بانشاء هذه المجالس ، وأصبح المصريون جميعا خاضعين لقانون واحد ولجهة قضاء واحدة في بعض مسائل الأحوال الشخصية . أما الباقي من هذه المسائل فالتوحيد فيه غير متعذر ، اذ لا يحيد من سلطان المشرع المصرى امتيازات أجنبية ما دام التشريع للمصريين .

وزى أن تكون الخطوات المتدرجة للوصول الى التوحيد المنشود ثلاثا :

تشقيق اختصاص  
المجالس المالية

(أولاً) يحدد المشرع المصري من اختصاص المجالس المالية ، بارجاعها الى اختصاصها الأصلي قبل أن تتوسع فيه . فإن هذه المجالس لم يكن لها الا اختصاص تحكيمي في أكثر مسائل الأحوال الشخصية . فتنحصر اذن في اختصاصها القضائي على المسائل المتعلقة بالزواج والطلاق . أما المسائل الأخرى كالوارث والصايا والمبات وغيرها فتكون من اختصاص المحاكم الشرعية ، اذ هي المحاكم العامة للبلاد في مسائل الأحوال الشخصية . ومتى حدد اختصاص المحاكم المالية تحديدا دقيقا ، فانه يجب سن قانون تام لهذه المحاكم ينظمها ويبين الاجراءات التي تتبع أمامها .

سن قانون موضوعي  
للأحوال الشخصية

(ثانياً) متى خُص للمحاكم الشرعية هذا الاختصاص الواسع في مسائل الأحوال الشخصية ، وجب أن يسن لهذه المحاكم قانون موضوعي يطبق على جميع المتقاضين أمامها ، مسلمين أو غير مسلمين ، وتختار أحكام هذا القانون من جميع مذاهب الفقه الاسلامي ، ولا يفضل مذهب على آخر الا حيث تكون أحكامه أكثر ملاءمة لمدينة هذا العصر ولظروف البيئة المصرية .

توحيد القضاء

(ثالثاً) عند ذلك تبقى الخطوة الأخيرة في توحيد القضاء . متى تهيأ لمصر محاكم منظمة في الأحوال الشخصية هي المحاكم الشرعية والمجالس الحسبية والمحاكم المالية ، ومتى استقرت المحاكم المختلطة باختصاصاتها الجديدة المقترحة وينظمها التي يقوى بها المنصر المصري كما قدمنا ، فإن من اليسير على مصر بعدئذ أن تخطو الخطوة الأخيرة ، فتندمج كل هذه المحاكم في نظام قضائي واحد ، وتنضم اليها المحاكم الأهلية ، وتنقلب هذه المحاكم لتتعدد للتفازة الى دوائر في محكمة واحدة هي المحكمة المصرية . ويصبح قضاء هذه المحكمة قضاء أقليمياً يخضع له المصريون والأجانب ، للسلعون وغير المسلمين .

وتطبق هذه المحكمة للمصرية قانونا أقليميا واحدا، هو القانون المصري .

## ٢- تطبيق التشريع من حيث الزمان

عدم سريانه القانون على الماضي

١٠٥- القاعدة أنه التشريع ليس له أثر رجعي فهو يسرى على الماضي

وللتشريع حدود في التطبيق من حيث الزمان ، كما رأينا حدوده في التطبيق من حيث المكان . فالتشريع لا يطبق الا على الحوادث التي وقعت من وقت صدوره على وقت النائه . فلا يمتد الى الحوادث التي تقع بعد النائه . ولا ينسحب الى الحوادث التي وقعت قبل صدوره .

مبدأ القاعدة  
العدالة

والقاعدة التي تقضى بأن التشريع لا ينسحب على الحوادث التي وقعت قبل صدوره هي التي نعتبر منها بعدم سريان القانون على الماضي . ( Non-retroactivite ) وهي قاعدة معقولة ، تقتضيها العدالة وضرورة استقرار المعاملات . فالعدالة تأبى أن يطبق تشريع على حادثة وقعت قبل صدوره ، واستقرار المعاملات يقضى بأن التشريع الذي كان ساريا وقت وقوع هذه الحادثة هو الذي يطبق ، لأن الناس اطمانت الى ذلك في تعاملها ، ورتبت شؤونها على هذا الحساب .

استقرار التعامل

أمثلة :

والأمثلة على ذلك كثيرة ، نختار منها مثلين :

بيع الوفاء الذي يخفى  
وهنا

(١) صدر تشريع في مصر في سنة ١٩٢٣ يقضى بأنه اذا كان بيع الوفاء مقصودا به اخفاء رهن حيازة عقارى ، فان العقد يعتبر باطلا لا أثر له ، سواء بصفته بيماء أو رهنا . وقد كان البيع الوفاؤى المقصود به اخفاء رهن قبل هذا التشريع ، يفسر بحسب حقيقته ، فيعتبر رهنا صحيحا . فكل بيع وفاء يخفى رهنا ، وكان صدوره قبل صدور تشريع سنة ١٩٢٣

لا يسرى عليه هذا التشريع الأخير ، فلا يبطل باعتباره رهنا ، بل يكون صحيحا على هذا الاعتبار . وفي هذا تطبيق لعدم سريان تشريع ١٩٢٣ على الماضى .

قانون التسجيل  
الحديث فى مصر

(٢) صدر قانون التسجيل الحديث فى مصر يقضى بأن العقود الناقلة للملكية بين الأحياء يجب تسجيلها ، ويترتب على عدم التسجيل ان الملكية لا تنتقل حتى فيما بين المتعاقدين. وقد كان القانون المدنى يقضى قبل صدور هذا التشريع الجديد ، بأن العقد غير المسجل ينقل الملكية فيما بين المتعاقدين ، وأن عدم التسجيل لا يمنع من انتقال الملكية إلا بالنسبة للغير . فالعقود غير المسجلة التى صدرت قبل أول يناير سنة ١٩٢٤ ( ميعاد العمل بالتشريع الجديد ) لا يسرى عليها هذا التشريع حتى لا يكون له أثر رجعى ، وتكون هذه العقود قد نقلت الملكية فيما بين المتعاقدين بالرغم من عدم تسجيلها .

والقاعدة التى تقضى بعدم سريان القانون على الماضى قاعدة نص عليها القانون الفرنسى والقانون المصرى .

جاء فى المادة الثانية من القانون المدنى الفرنسى أن القانون لا يقر أحكاما إلا بالنسبة للمستقبل فلا تسحب أحكامه على الماضى . ونصت المادة ١٧ من المرسوم المصرى الصادر فى سنة ١٩٢٣ على أنه « لا تيمرى أحكام القوانين الا على ما يقع من تاريخ نفاذها ، ولا يترتب عليها أثر فيما وقع قبله ما لم ينص على خلاف ذلك بنص خاص » ونصت المادة ٣ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية على أنه « لا تسرى أحكام القوانين واللوائح الا على الحوادث التى تقع من تاريخ العمل بمقتضاها ، ولا يكون لها تأثير على الوقائع السابقة عليها ، ما لم يكن منها عن ذلك بنص صريح فيها » .

وقضت المادة ٢ من القانون المدنى المختلط بأن القوانين لا يكون لها أثر رجعى .

#### ١٠٦ — التمييز بين الحق المكتسب ومجرد الأمل :

على أن المقصود بعدم سريان القانون على الماضى هو أنه لا يحس الحقوق المكتسبة قبل صدوره . فإذا كان التشريع لا يحس حقا مكتسبا ، فإنه يسرى على الحوادث السابقة مادام لا يعطلهم الا مع مجرد أمل ، لا مع حق مكتسب ونورد أمثلة على ذلك :

(١) الوصية لا تجوز لنير وارث الا فى الثلث . فلو أن شخصا أوصى لنير وارث بثلث ماله ، ثم صدر تشريع بعد موت الموصى يقضى بأن الوصية لنير وارث لا تجوز الا بربع مال المورث ، فإن هذا التشريع لا يسرى على الوصية ، لأنه اذا سرى يحس حقا مكتسبا للموصى له ، بعد أن انتقلت اليه ملكية الثلث بموت الموصى . أما اذا كان صدور التشريع قبل موت الموصى ، ولو بعد عمل الوصية ، فإنه يسرى على الوصية ، لأن الموصى له وقت صدور التشريع لم يكن كسب حقا اذ لا يزال الموصى حيا وله أن يرجع فى وصيته ، وكل ما وصل اليه هو مجرد أمل فى أن يكون له حق فى الموصى به ، والقانون لا يحترم الا الحق المكتسب ولا يعنى بمجرد الأمل ، فيسرى التشريع فى هذه الحالة على الوصية الصادرة قبل صدوره ، وينقص الموصى به الى الربع .

(٢) يقضى القانون بأن من وضع يده على مال غيره بنية تملكه مدة خمس عشرة سنة يملكه بالتقادم . فلو أن شخصا وضع يده على مال الغير مدة خمس عشرة سنة ، ثم صدر تشريع جديد يطيل مدة التقادم الى عشرين سنة ، فإن هذا التشريع لا يسرى على الحادثة التى نحن بصدددها ،

تغيير القدر الذى  
يمكن الا يضاء به

تغيير مدة التقادم

لأن واضح اليد قد كسب حق الملكية على المال قبل صدور التشريع الجديد ، والتشريع لا يمس الحقوق المكتسبة . أما اذا كان صدور التشريع الجديد بمد أن مضى على وضع اليد مدة اثنتى عشرة سنة مثلا ، فإن التشريع يسرى على هذه الحادثة ، لأن واضح اليد لم يكن قد كسب حقا وقت صدور التشريع ، ولم يكن لديه الا مجرد أمل فى أن يتم مدة التقادم للمكسب للملكية ، فلا يكتسب القانون لمجرد الأمل ، ويتروك على سريان التشريع الجديد أن واضح اليد يجب عليه أن يكمل مدة الاثنتى عشرة سنة الى عشرين لالا الى خمس عشرة .

تغيير الحد الأقصى  
لفائدة

(٣) يقضى القانون بأن الحد الأقصى للفوائد هو ٩ ٪ فإذا تألفت شركة للاقراض بهذه الفائدة ، وأقرضت بالفعل عملاءها ، ثم صدر تشريع جديد ينقص الحد الأقصى الى ٧ ٪ ، فإن هذا التشريع لا يسرى على ما قبضته الشركة من عملائها من الفوائد بسعر ٩ ٪ . فقد أصبح حقا مكتسبا لها ولكن التشريع الجديد يسرى على عقود القرض التى تلحق التشريع ، وليس للشركة أن تعترض على ذلك بأنها تألفت قبل صدور التشريع الجديد فلا يسرى عليها هذا التشريع ، فإن تكوينها قبل التشريع لم يكسبها حقا فى الاقراض بالسعر القديم ، بل كل ما لديها هو مجرد أمل فى الاقراض بهذا السعر ، ومجرد الأمل لا يمنع من تطبيق التشريع الجديد على هذه الشركة ، فلا يجوز لها بمد صدور هذا التشريع أن تقرض بسعر أعلى من ٧ ٪ .

١٠٧ - استثناءات من قاعدة عدم سريان القانون على الماضى

على ان التشريع يسرى على الماضى ، ويمس الحقوق المكتسبة لا مجرد الآمال فحسب ، فى الأحوال الآتية :

(١) إذا تضمن التشريع ذاته نصا على ذلك لمصلحة عامة . وقد نص خاص رأينا للنادة ٢٧ من الدستور المصرى ، وللمادة ٣ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية بقران هذا الاستثناء ، فتتصان على عدم سريان القانون على الماضى « ما لم ينص على خلاف ذلك بنص خاص » (م ٢٧ من الدستور) ، و « ما لم يكن منها عن ذلك بنص صريح » (م ٣ من لائحة الترتيب) .

(٢) وقد يسرى التشريع على الماضى ، حتى لو لم يتضمن نصا يقضى بذلك اذا كان هذا التشريع من النظام العام ، فتقضى المصلحة العامة التى أريد تحقيقها من وراء هذا التشريع بسريانه على الماضى ، ولو من حقا مكتسبا من أمثلة ذلك القانون الذى يحرم الرق ، فانه يعتبر من النظام العام ويسرى على الماضى ، ويترتب على ذلك أن كل رقيق يمتق حتى لو ثبت رقه قبل صدور هذا القانون .

ومن أمثلة ذلك أيضا القانون الذى صدر فى مصر فى سنة ١٩٢٥ يرفع سن الرشد الى احدى وعشرين سنة بعد أن كانت ثمانى عشرة . فالأشخاص الذين كانوا قد بلغوا الثانية عشر وقت صدور هذا القانون يعودون الى القصر اذا كانوا لم يبلغوا الواحد والعشرين ، فيكون للقانون أثر رجعى فى هذه الحالة . ولكن لا يكون له أثر رجعى بالنسبة للغير ، فالتصرفات التى صدرت من هؤلاء الأشخاص وترتب عليها حق للغير قبل صدور هذا القانون تعتبر صحيحة صادرة من ذوى أهلية كاملة .

(٣) يكون للقوانين الجنائية عادة أثر رجعى اذا كانت أصحح للمتهم . فإذا ارتكب شخص عملا معاقبا عليه ، ثم صدر قبل الحكم على هذا الشخص تشريع جديد يجعل هذا العمل غير معاقب عليه أو يخفف عقوبته فان التشريع الجديد هو الذى يطبق . أما اذا كان التشريع الجديد أسوأ

القانون الجنائى  
الأصلح للمتهم

من التشريع القديم ، فانه لا يسرى على الماضى ، كما لو كان التشريع الجديد فى الفرض المتقدم يشدد العقوبة لا يخففها ، فان التشريع القديم هو الذى يطبق .

أما قوانين الاجراءات ( المرافعات المدنية والجنائية ) فانها تخضع لقاعدة عدم سريان القانون على الماضى . فاذا صدر تشريع جديد لا يمس حقا مكتسبا ، كما اذا عدلت الاجراءات الخاصة بسماع الشهود أو بتحقيق الخطوط أو بالخبراء ، فانه يسرى على القضايا التى تكون قد رفعت قبل صدوره . أما اذا مس التشريع الجديد حقا مكتسبا ، فانه لا يسرى على الماضى . مثل ذلك أن ترفع قضية الى المحكمة المختصة ، وبعد رفعها يصدر تشريع جديد يجعل المحكمة غير مختصة ، فتل هذا التشريع لا يسرى على القضية التى رفعت فعلا، وتبقى المحكمة التى رفعت اليها القضية مختصة بالنظر فيها . مثل ذلك أيضا أن يصدر حكم قابل للاستئناف ثم يصدر تشريع جديد يجعله غير قابل للاستئناف ، فتل هذا التشريع لا يسرى على هذا الحكم ، بل يبقى الحكم قابلا للاستئناف فى الميعاد الذى يقرره التشريع القديم .

## المبحث الرابع

### تفسير التشريع

١٠٨ - مسألة التفسير لا تقوم الا فى التشريع دونه غيره

صم المصادر

التشريع مصدر يأتى  
بلفظ واللفظ معا

تفسير التشريع هو توضيح ما أبهم من ألفاظه وتكميل ما اقتضب من نصوصه ، وتخريج ما نقص من أحكامه والتوفيق بين أجزائه المتناقضة . وكل هذا مقروض فيه ان مصدر القانون الذى يكون محلا للتفسير مصدر



يأتى بالمعنى وباللفظ معا . وذلك لا يكون الا التشريع كما رأينا . ويكون كذلك في بعض الكتب الدينية التي تعتبر مصدراً للأحكام القانونية كالقرآن والتوراة . ويقوم بالتفسير حاجة القضاء والفقهاء : القضاء عند ما يطبق من يقوم بالتفسير نصوص التشريع على الأقضية التي تعرض له . والفقهاء عند ما يخرج الأحكام القانونية من النصوص التشريعية في كتب الشرح والتفسير وفي الفتاوى التي تصدر منه . وهناك تفسير تشريعي تقوم به الهيئة التشريعية نفسها وله أثر رجعي . أو تقوم به هيئة رسمية أخرى .

#### ١٠٩ - المدرسة التقليدية في التفسير :

وتقتصر هنا على المذهب التقليدي في التفسير . ففي هذا المذهب يقوم التفسير على ركنين : ( الركن الأول ) أن مهمة المفسر هي تبين قصد المشرع ، قصد المشرع الحقيقي ، قصده كما هو لا كما يجب أن يكون ، هو الواجب الاتباع . ولا عبرة بتغير الظروف وتطور للدين ، حتى لو أصبح قصد المشرع بعد هذا التطور خطيئاً أن يحمل محله قصد آخر أكثر ملاءمة للظروف الجديدة . فإنه لو سمح للمفسر أن يحمل هذا القصد الآخر الأكثر ملاءمة محل القصد الحقيقي . لاختلف المفسرون في ذلك ، وقام التحكم مقام الاستقرار والثبات ، والأولى في مثل هذه الحالة أن يبدل المشرع تشريعه ، لا أن يقوم المفسر مقام المشرع ( والركن الثاني ) أو التفسير هو أن يتلصص المفسر بقصد المشرع الحقيقي من طريق النصوص والألفاظ التي ورد بها التشريع لا من طريق آخر بقدر الاستطاعة . فالقرعوض أن المشرع عني كل ما قال وقال كل ما عني . والمفسر لا يترك الألفاظ الى غيرها في تبين قصد المشرع الا اذا أعوزته الحيلة ، ولم يجد هناك مناص من الالتجاء الى وسيلة أخرى ، اذ تكون الألفاظ قاصرة قصوراً تاماً عن الأمانة عن قصد المشرع .

## ٢١٠ - مائة وضوح النص

لا يكون هناك محل لتفسير النص الواضح فإنه إذا كان اللفظ الذى استعمله المشرع لا سبيل للاختلاف فى معناه ، وجب الأخذ بهذا المعنى ، ولا يجوز تركه بدعوى أن الحكم القانونى غير عادل ، أو أن هناك حكما قانونيا أعدل منه ، فليس هنا من مهمة المفسر فى شيء ، بل عليه أن يترك ذلك للمشرع يبدل تشريعه بما تقتضيه الظروف .

وجوب الأخذ بالنص  
الواضح

غير أن هذه القاعدة لا تمنع المفسر من تصحيح ما عسى أن يقع فى الالتقاط والنصوص التشريعية من أخطاء مادية. مثل ذلك المادة ١٠٣ من القانون المدنى المصرى ، فقد نصت على ما يأتى :

تصحيح الأخطاء  
المادية

« يجوز أن يكون التمسك معلقا على أمر مستقبل أو غير محقق ، يترتب على وقوعه أو عدم وقوعه وجود ذلك التمسك أو تأييده أو منعه وجوده أو زواله » . وهذا النص يعرف الشرط ويعرفه بأنه أمر مستقبل أو غير محقق ، مع أن الشرط هو أمر مستقبل وغير محقق ، يجمع الاستقبال واحتمال التحقيق ولا ينفرد بأحدهما ، ولفظ « أو » الوارد فى النص خطأ مادى صحته « و » فيتمين على المفسر إجراء هذا التصحيح .

## ١١١ - مائة عزم وضوح النص (العيوب التى تؤدى الى ذلك)

أما إذا كان النص غير واضح ، فذلك يرجع الى عيب فيه . ومن أكثر هذه العيوب شيوتا الغموض والتناقض والنقص .

فالغموض يكون اما بتحمل اللفظ أكثر من معنى واحد ، فعلى المفسر أن يختار المعنى الذى قصد اليه المشرع ، مثل ذلك المادة ٣٦٧ من القانون المدنى المصرى وتنص على ما يأتى : « منع المستأجر من التأجير يقتضى منعه

الغموض

من الاسقاط لغيره ، وكذلك منه من الاسقاط يقتضى منه من التأجير .  
أما اذا كان موجودا بالمكان المؤجر جعله معدا للتجارة أو للصناعة ،  
ودعت ضرورة الأحوال الى بيع الجذك المذكور ، جاز للمحكمة مع وجود  
المنع من التأجير ابقاء الايجار لمشتري الجذك ، بعد النظر فى التأمينات التى  
يقدمها ذلك المشتري ، ما لم يحصل للمالك من ابقائه ضرر حقيقى « واللفظ  
النامض فى هذا النص هو « الجذك » وهو لفظ مأخوذ من الفارسية معناه  
الرفوف المركبة ، ولكن هذا المعنى لا يستقيم فى النص ، والواجب أن يؤول  
اللفظ بمعنى آخر ينسجم مع عموم المعنى ، فإذا فسر « الجذك » بمعنى المتجر أو  
المصنع استقام المعنى المفهوم من النص .

والتناقض يكون اذا اصطلم نص مع نص آخر ، فيجب التوفيق بين  
التنصين بقدر الاستطاعة ، والا وجب تغليب أحد النصين على الآخر . مثل  
ذلك ما تقضى به السادة ١٦ من لائحة ترتيب المحاكم المصرية من أن هذه  
المحاكم غير مختصة بنظر مسائل الانكحة وما يتعلق بها من قضايا المهر  
والنفقة ، ثم ما تقضى به المواد ١٥٥-١٥٧ من القانون المدنى المصرى من  
أحكام فى النفقة يصطلم كثير منها مع أحكام الشريعة الاسلامية ، اذ انه  
يجب طبقا لهذه المواد أن ينفق الفروع وأزواجهم على الأصول وأزواجهم ،  
وأن ينفق الأصول على فروعهم وأزواج الفروع ، وأن ينفق الزوجان أحدهما  
على الآخر فنصوص القانون المدنى متناقضة مع نص لائحة ترتيب المحاكم  
المصرية ، والواجب هنا تغليب النص الأخير واعتبار المحاكم المصرية غير  
مختصة بمسائل النفقات ، والمختص هى المحاكم الشرعية ، وهى تطبق الشريعة  
الاسلامية .

والنقص يكون اذا كان النص الذى يورد الحكم مقتضيا لا يتضمن

كل ما يجب ذكره . مثل ذلك المادة ٧٦ من القانون المدنى المصرى ، فهى تنص على انه « تحصل ملكية العقارات والحقوق العينية لمن وضع يده عليها ظاهرا بنفسه أو بوكيل عنه ، بغير منازع ، مدة خمس سنوات متواليات بصفة مالك ، بشرط أن يكون وضع اليد المذكور مبنيًا على سبب صحيح ، فإذا لم يوجد ذلك السبب لا تحصل له الملكية إلا اذا وضع يده مدة خمس عشرة سنة » . فهذا النص يقضى بأن من وضع يده على عقار مملوك لغيره ، مدة خمس سنوات بنية تملكه ملكه بالتقادم القصير ، بشرط أن يكون لديه سبب صحيح ، أى عقد ناقل للملكية كالبيع . ولم يذكر النص شرطًا آخر لا تقل أهميته عن شرط السبب الصحيح ، وهو حسن النية ، فالتملك بالتقادم القصير لا بد فيه من حسن النية ، ويجب على المفسر أن يكمل مثل هذا النص الناقص .

## ١١٢ - طرق التفسير عند عدم وضوح النص ( طرق

داخلية وأخرى خارجية ) :

فإذا كان النص غير واضح لميب فيه ، كغموض أو تناقض أو نقص ، وجب على المفسر أن يتبين ارادة المشرع الحقيقية من وراء هذا النص الميب ، وهذا هو التفسير . وله طرق مختلفة ، يمكن تقسيمها الى قسمين :

طرق داخلية

( ١ ) طرق داخلية ينطوى عليها التشريع نفسه فلا يلتمس المفسر هاديا من عنصر خارجي عن التشريع ومن أم هذه الطرق الاستنتاج بطريق القياس ( analogie ) والاستنتاج من باب أولى ( afortiori ) والاستنتاج من مفهوم المخالفة ( a contrario )

( ٢ ) طرق خارجية ، وفيها يسند المفسر الى عنصر خارجي عن

طرق خارجية

التشريع نفسه. من ذلك الاستناد الى حكمة التشريع، والاسترشاد بالأعمال التحضيرية، والرجوع الى المصدر التاريخي للتشريع .

### ١١٣ - طرق التفسير الرافعية :

ذكرنا أن من أهم هذه الطرق الاستنتاج بطريق القياس والاستنتاج من باب أولى والاستنتاج من مفهوم المخالفة .

فالاستنتاج بطريق القياس هو أن يستنبط المفسر حكماً غير منصوص عليه بالقياس على حكم منصوص عليه . مثل ذلك حكم اتفاق الراجح حياة مع المرتهن على أن تباع العين بالطرق الودية اذا حل الأجل ولم يوف المدين الدين . لا يوجد في القانون المدني المصري نص على هذه المسألة ولكن يوجد نص على مسألة أخرى يمكن القياس عليها .

الاستنتاج بطريقة  
القياس

قد نصت المادة ٥٤٣ على أنه «لا يجوز اشتراط كون الشيء المرهون يصير مملوكاً للدائن عند عدم الوفاء له ، أما للدائن فقط الحق في طلب بيع المرهون بالكيفية الجائزة لسائر الدائنين » فالحكم الذي تنص عليه هذه المادة يتناول اتفاق الراجح مع المرتهن على أن يمتلك الأخير العين المرهونة عند عدم وفاء الدين ، ويقرر النص ان هذا الاتفاق باطل ، وأنه يجب على المرتهن أن يطرح العين في المزاد الجبرى . ويستخلص من ذلك ان وجوب طرح العين في المزاد الجبرى عند عدم وفاء الدين يعتبر من النظام العام ، فلا يجوز الاتفاق على مجاوزته . ويترب على هذا الاستنتاج أن الاتفاق فيما بين المتعاقدين على بيع العين المرهونة فيما ودياً يخرق القاعدة المتقدمة . فيكون هذا الاتفاق باطلاً . ومن ذلك نرى انه أمكن أن نستنبط حكم بطلان الاتفاق على البيع الودى قياساً على حكم اتفاق المتعاقدين على تملك

المرتهن للمين الموهونة . وهذا الحكم الأخير منصوص عليه . فاستنبطنا منه حكما آخر بطريق القياس .

الاستنتاج من باب  
أولى

والاستنتاج من باب أولى هو أن يكون هناك حالة منصوص على حكمها وتكون علة الحكم أكثر توفرا في حالة أخرى غير منصوص على الحكم فيها ، فينسحب الحكم في الحالة المنصوص عليها على الحالة غير المنصوص عليها . من باب أولى.. مثل ذلك أن القانون الجنائي يخفف جريمة القتل في حالة ما اذا فالجأ الزوج زوجته مثلبسة بجريمة الزنا قتلها ، ويجعل جريمة القتل في هذه الحالة جنحة لا جنائية . فلو أن زوجا فالجأ زوجته مثلبسة بجريمة الزنا ، ولم يقتلها ، ولكن ضربها ضربا أفضى الى اللوث أو خلف عاهة مستديمة ، فإن هاتين الجريمتين تعتبران جنحتين لا جنائيتين من باب أولى ، ما دام القتل ، وهو أشد منهما ، اعتبر جنحة . ومثل ذلك أيضا أن قانون الاجراءات الجنائية يعطى الحق للزوج في أن يفو عن زوجته المحكوم عليها في دعوى الزنا ، فمن باب أولى يستطيع الزوج ، قبل أن يحكم على زوجته ، أن يطلب إيقاف السير في اجراءات دعوى الزنا . فان من يملك الأكثر يملك الأقل .

الاستنتاج من مفهوم  
الحالة

والاستنتاج من مفهوم الحالة هو أن تعطى حالة غير منصوص عليها حكما يكون عكس الحكم في حالة منصوص عليها ، لاختلاف العلة في الحالتين ، أو لأن الحالة للنصوص عليها هي جزئية من جزئيات الحالة غير المنصوص عليها ، فتخصيصها بحكم يستخلص منه أنها تنفرد بهذا الحكم دون سائر الجزئيات الأخرى . مثل ذلك أن القانون للمصرى لم ينص على حكم بيع الشيء للمستقبل ، أم هو صحيح كما يقضى بذلك القانون الفرنسى أم هو غير صحيح كما يقضى بذلك الشريعة الاسلامية . ولكنه نص على حكم بيع

التركات المستقبلية ، قصت للادة ٢٦٣ / ٣٣٢ من القانون الذى بأن يبع الحقوق فى تركه انسان على قيد الحياة باطل ولو برضاه ، والتركه المستقبلية جزئية من جزئيات الشئ المستقبل ، فأفرادها بحكم البطلان يفهم منه أن سائر الجزئيات الأخرى لا تشترك معها فى هذا الحكم ويكون يبع الشئ المستقبل — عدا التركات المستقبلية — صحيحا بطريق الاستنتاج من مفهوم الخالقة .

#### ١١٤ — طرق التفسير القانونية

قررنا أن المفسر قد يستند الى عناصر خارجة عن التشريع حتى يتعرف نية المشرع . من ذلك أن يتبين حكمة التشريع ، وأن يسترشد بالأعمال التحضيرية ، وأن يرجع الى المصدر التاريخى للتشريع الذى يفسره .

فتبين حكمة التشريع معناه أن يتعرف للمفسر العلة التى اقتضت الحكم ، فيفسر فى ضوء هذه الحكمة الفاظا وردت فى التشريع قد تكون مبهمه . مثل ذلك ان القانون الجنائى يجعل « الليل » فى جريمة السرقة وفى جريمة اتلاف للزروع غلظا مشددا ، فما معنى « الليل » ؟ هنا يجب توخى حكمة التشريع ، والواضح أن الشرع جعل الليل غلظا مشددا لسهولة ارتكاب هاتين الجريمتين فى الظلام ، فأراد للشرع تشديد العقوبة ودعا للمجرمين الذين يستسهلون ارتكاب جريمتهم فى جنح الظلام ، فيجب اذن تفسير « الليل » لا على انه يبدأ من غروب الشمس وينتهى عند شروقها ، وهذا هو التفسير الفلكى ، بل بمعنى الظلام وهذا هو الذى يستخلص من حكمة التشريع كما قدمنا ، فقد لا يكون هناك ليل بعد غروب الشمس ، اذا لم يكن الظلام قد خيم ، ولا سياتى فى فصل الصيف .

والأعمال التحضيرية هى مجموعة الذكريات التفسيرية ومناقشات الاعمال التحضيرية

المجالس التشريعية ومحاضر جلسات هذه المجالس وأعمال اللجان التي تقترن عادة بالتشريعات عند تحضيرها . وقد تكون للأعمال التحضيرية قيمة كبيرة في تعرف نية المشرع وتفسير الألفاظ المهمة التي وردت في التشريع وإزالة التناقض الظاهري وتكميل الناقص . فيلجأ إليها للمفسر ليسترشد بها في التفسير . على أنه مهما يكن من قيمة الأعمال التحضيرية فانها لا تعتبر جزءا من التشريع ، بل هي شئ خارج عنه ، يجوز فيه الخطأ ، فاذا رأى للمفسر رأيا خاطئا مسجلا في الأعمال التحضيرية ، فانه لا يتقيد به عند التفسير ، بل يتركه الى الرأي الصحيح الواجب الأخذ به طبقا للتشريع الذي أمامه . مثل ذلك ما وقعت فيه المذكرة الايضاحية للأنحة المجالس الحسبية المصرية التي صدرت في سنة ١٩٢٥ من الخطأ في تعليقها على رفع سن الرشد من ثمانى عشرة سنة الى احدى وعشرين اذ قالت : « وبما لا حاجة لذكره أن الحكم المشار اليه لا ينطبق على الذين يكونون قبل العمل بالقانون الجديد قد بلغوا سن الثمانى عشرة سنة المحددة لانتهاء الوصاية بمقتضى القانون القديم ، هؤلاء الاشخاص يعتبرون انهم راشدون قانونا ، ولا يسوغ ارجاعهم تحت الوصاية » وقد قدمنا ان هذا الرأي خاطيء اذ أن القانون الذى يرفع سن الرشد يكون له أثر رجعى فينسحب على الماضى لأنه يعتبر من النظام العام ، ويترب على ذلك أن الاشخاص الذين يكونون قبل العمل بالقانون الجديد قد بلغوا سن الثمانى عشرة سنة ، ولم يبلغوا سن الواحدة والعشرين يرجعون قصرا تحت الوصاية ، الى أن يبلغوا سن الرشد الجديد ، خلافا لما ورد في المذكرة الايضاحية . والمفسر في هذه الحالة يتعين عليه الا يأخذ بالرأى الخاطئ الوارد في المذكرة الايضاحية ، بل يأخذ بالرأى الصحيح الذى قدمناه . فيجمل التشريع ينسحب على الماضى ، الاتعاملا



صدر من الشخص على أنه قد بلغ سن الرشد قبل صدور التشريع الجديد وترتب عليه حق للغير فإن التشريع الجديد لا يس هذا المكتسب.

للمصدر التاريخي  
للتشريع

كذلك يرجع المفسر الى المصدر التاريخي للتشريع، وكثيرا ما يرجع القضاء المصري الى هذا المصدر عند تطبيق النصوص. مثل ذلك ما قضت به البوادر المجتمعة لمحكمة الاستئناف المصرية من أن حق الشفعة لا يورث فإذا مات الشفيع قبل الأخذ بالشفعة، فلا يجوز لوارثه أن يطالب بها، وقد رجع القضاء في ذلك الى المصدر التاريخي للتشريع المصري في الشفعة، وهذا المصدر هو الشريعة الاسلامية واختير الرأي الراجح في المذهب الحنفي. وقد يصل القضاء في الرجوع الى المصدر التاريخي الى حد أن يعدل النص الذي يفسره. من ذلك ان المادة ٥٥٥ من القانون المدني المصري المختلط قضت بأن «قصة المال عينا تعتبر بمنزلة بيع كل من الشركاء حصته الشائعة قبل القسمة أن وقعت في نصيبه ويترتب عليها ما يترتب على البيع». وهذا النص صريح في أن القسمة ناقلة للحق لا كاشفة له، ومع ذلك فإن المحاكم المختلطة تقضى بإطراد أن القسمة كاشفة للحق لا ناقلة له، وترجع في ذلك إلى المصدر التاريخي للتشريع المختلط في هذه المسألة وهو القانون الفرنسي.

## المبحث الخامس

انفاء التفسير

١١٥ — السلطة التي تملك الانشاء

هي السلطة التي تملك سن التشريع، وقد رأينا التشريع متدرجا في  
القمة التشريع الدستوري ثم التشريع الصادر من الهيئة التشريعية

الرئيسية ، ثم التشريع الصادر من الهيئات التشريعية الفرعية .

أما التشريع المستورى فلا يجوز تعديله ولا إلغاؤه إلا بالطريقة التي ينص عليها الدستور نفسه . على أنه إذا اعتبر الدستور منحة من السلطان طبقا لنظرية هبز ، فإن السلطان الذى أصدره يملك تعديله ويملك إلغاؤه . أما التشريع الصادر من الهيئة التشريعية الرئيسية فتعديله أو إلغاؤه يكون فى يد نفس هذه الهيئة .

وقد قضت المادة ٤ من لائحة ترتيب المحاكم للصربية أنه لا يبطل نص من القوانين أو الأوامر إلا بنص قانون أو أمر جديد يقرر به بطلان الأول . ومن ذلك نرى أن التشريع الفرعى يلغيه أو يعدله تشريع فرعى كذلك .

فالقاعدة إذن أن القانون المستورى لا يلغيه إلا قانون دستورى ، والتشريع الرئيسى يلغيه تشريع رئيسى أو قانون دستورى ، والتشريع الفرعى يلغيه تشريع فرعى أو تشريع رئيسى أو قانون دستورى ، والتشريع الفرعى يلغيه تشريع فرعى لا يلغى تشريعا رئيسيا أو قانونا دستوريا ، وكذلك التشريع الرئيسى لا يلغى قانونا دستوريا وبعبارة أخرى يلغى التشريع تشريعا فى قوته أو تشريعا أدنى مرتبة ولكنه لا يلغى تشريعا أقوى .

أما المادة وعدم الاستعمال فلا يلغيان تشريعا ، على خلاف فى رأى فيما يتعلق بالتشريع التجارى ولوائح البوليس . ولكن المادة تلغى عادة أخرى ، ويلغى التشريع . فالتشريع يلغى المادة والعادة لا تلغى التشريع . وقد يلغى التشريع تغير الظروف التى كانت قائمة وقت سنة . مثل ذلك الفاروقة فى مصر وهى نوع من الرهن الحيازى لا يجوز إلا فى الأراضي

والتشريع يلغى  
المادة والمادة تلغى  
المادة ولكن لا تلغى  
التشريع

تغير الظروف  
يلغى التشريع

الخراجية. وقد أُلغى الآن نظام الأراضي الخراجية، فلم يعد هناك هذا النوع من الأراضي في مصر. وترتب على ذلك إلغاء التشريع الخاص بالعاروقة. وليس من قبيل الإلغاء أن يتفق المتعاقدان على حكم يخالف قاعدة قانونية لا تعتبر من النظام العام. فالمتعاقدان لم يلغيا باتفاقهما القاعدة القانونية، بل هي باقية تطبق على غيرها وتطبق عليهما في تماقد آخر.

مخالفة قاعدة  
قانونية ليست من  
النظام العام

#### ١١٦ - كيف يكسبه الإلغاء

والإلغاء ضربان : صريح وضمني . فالإلغاء الصريح يكون بمن  
تشريع يلغى صراحة تشريعا سابقا . وقد يكون التشريع ذاته يتضمن نصا على  
أنه يسرى لمدة معينة يلغى بعدها ، كما في التشريع الذي صدر في مصر بشأن  
أجر المساكن والأراضي الزراعية في سنوات متوالية منذ سنة ١٩٢٠ . وقد  
يصدر التشريع لا يتضمن إلا إلغاء صريحا لتشريع سابق ، دون أن يحل  
محله تشريعا آخر ، مثل ذلك التشريع الذي أُلغى الإكراه المدني في فرنسا  
والتشريع الذي أُلغى دستور سنة ١٩٣٠ في مصر . وقد يصدر متضمنا  
إلغاء صريحا لتشريع سابق وشاملا في الوقت ذاته لتشريع جديد يحل  
محله التشريع الملغى ، مثل ذلك قانون التسجيل الجديد ، في مصر فإنه قد  
أُلغى صراحة بعض نصوص القانون المدني المصري وأحل محلهما تشريعا  
جديدا وكذلك الأمر الملكي الذي أُلغى دستور سنة ١٩٢٣ في مصر وأحل  
محله دستور سنة ١٩٣٠ .

أما الإلغاء الضمني فيكون بمن تشريع جديد لا ينص صراحة على  
إلغاء تشريع قديم ، ولكنه يتضارب معه . والقاعدة أنه إذا تضارب  
تشريعان فالجديد منهما ينسخ القديم . ونظرية النسخ والنسوخ معروفة  
في القرآن الكريم وهي نظرية مقولة . فما دام الشرع من حكما يناقض  
حكما سابقا، فقد أراد أن يلغى ضمنا الحكم القديم .

الإلغاء الضمني

## الفصل الخامس الفقه والقضاء

### ١١٧ - التمرين

الفقه هو استنباط الأحكام القانونية من مصادرها بالطرق العلمية .  
القضاء هو تطبيق الأحكام القانونية على الأفضية التي ترفع للمحاكم .

### ١١٨ - أهمية الفقه والقضاء في رقي القانون :

الفقه هو المظهر العلمي للقانون ، والقضاء هو المظهر العملي . فاذا تجرد القانون عن مظهره العلمي والعمل ، فلا يبقى منه شيء كبير .

القضاء هو التطبيق  
القانون يمت الى العلوم الاجتماعية بأوثق سبب ، ولكل نشاط اجتماعي علم يسجل قواعده وأحكامه ، وعلماء يحشون وينقبون ويسجلون والقانون علمه الفقه وعلماءه الفقهاء .

والقانون مادة حية غاؤها التطبيق العملي . فاذا اقتصر الأمر فيه على أن يسجل في التقنينات والتشريعات وعلى أن يدون في كتب الفقهاء لم يعد أن يكون مذهباً من المذاهب العلمية . وهو بعد قد تجرد من أهم مزية له : صلاحيته للتطبيق العملي حتى يقوم بمهمته الأساسية من تنظيم الروابط الاجتماعية . فالقضاء هو الذي يطبق القانون ، وهو الذي يعث فيه الحياة ، فيجعله يعيش وينمو ويتطور ، ويصقله ويهذيبه ، ويعطيه بطابع العصر الذي وجد فيه .

١١٩ - مزايا الفقه والقضاء وعيوبهما :

ولكل من الفقه والقضاء مزايا وعيوب .

فزية الفقه هي نظره الى الروابط الاجتماعية نظرة واسعة شاملة ، فزية الفقه وعيبه فلا يضيق بخصوصية ولا يقف عند منرج ، بل يسير قدما الى الامام ، يتمشى مع التطور ، ويسابق الزمن . فالفقيه أوسع أفقا من القاضى ، وأسرع تأثرا بقوانين التطور . ولكن عيب الفقه أنه كثيرا ما ينحرف عن الحياة العملية وهو فى سموه إلى الصوميات ينتعد عما فى الحياة من ملايسات وظروف خاصة فى كل قضية من أفضيتها .

ومزية القضاء أنه دائم الاتصال بالحياة العملية ، يستمد قواعده منها ، فمزية القضاء وعيبه ويطبق أفضيته عليها ، فلا يكاد يميل عنها حتى يعود اليها ، ولكن عيبه نظرة ضيقة لا تحيط إلا بما حولها ، ولا تمتد الى ما وراء ذلك ، وشىء من البطء فى التطور يتفق مع نزعة محافظة فى القضاء .

١٢٠ - ومجرب التعاون بين الفقه والقضاء :

ونرى من ذلك أن لفقه مزايا ليست للقضاء ، وأن للقضاء مزايا ليست للفقه ، وأن عيب كل منهما هو قصده لمزايا الآخر ، فهما يكملان بعضهما بعضا . ولا بد من التعاون بين الفقه والقضاء فالفقيه يرسم خط السير للقاضى ، والقاضى يعبد الطريق ويمهده بعد أن فتحه أمامه الفقيه ، ثم يستفيد الفقيه من تجارب القاضى ، فينحى بفقهه منحى يتفق مع الحياة العملية ، ويسير بعد ذلك طليعة للقاضى يكشف الطريق أمامه . وخير النظم القانونية هو النظام الذى ينطوى على مزاج موفق من الفقه والقضاء .

١٢١ - الفقه والقضاء هما مصدران تفسيريان للقانون :

تطور الفقه والقضاء من مصدرين رئيسين الى مصدرين تفسيريين . وقد أصبح الفقه والقضاء فى المصور الحديثة . مصدرين تفسيريين

القانون عند أكثر الأمم . ولكنهما يكونان عادة مصدرين رسميين في المراحل الأولى من نمو القانون . وأكثر القوانين تكون في أول أمرها من صنع الفقيه والقاضي ، حتى إذا كل نضوج القانون ، واستقر نموه ؛ أتى التشريع فشغل للكان الأول بين المصادر الرسمية ؛ واقلب الفقه والقضاء مصدرين تفسيريين ؛ فتصبح مهمة الفقيه والقاضي تفسير القانون لا صنعه ؛ ولكنهما في الواقع من الأمر اذ يفسران القانون كثيرا ما يكون تفسيرهما صنعا .

فالفقه والقضاء مصدران رسميان في القوانين القديمة ؛ وهما مصدران تفسيريان في معظم القوانين الحديثة . وهما نحن نبحت الحالتين .

## المبحث الأول

### الفقه والقضاء في القوانين القديمة

نختار من هذه القوانين النظم القانونية الأساسية وهي القانون الروماني والشرعة الإسلامية والقانون الانجليزي .

وسنرى أن الفقه والقضاء تعاونا في تقدم الشرعة الإسلامية ، وأن القضاء كان هو المصدر الرئيسي للشرعة الانجليزية .

نصيب الفقه والقضاء في النظم القانونية القديمة

### ١٢٢ - القانون الروماني :

بدأ القانون الروماني في أول مراحل عادات مصبوغة بالصبغة الدينية . وقد جمع التجميع الأول في الألواح الاثني عشر . وقد كان هذا التجميع مبدأ لحركة قضائية ولحركة فقهية كانتا ، الى جانب التشريع ، هما العاملان الأساسيان في تطور القانون الروماني في تقدمه .

أما الحركة القضائية فبدأت منذ بدأ « البريطور » الرومانى يتولى شئون القضاء وكان هناك « بريطور » للرومانيين. وآخر للأجانب ، الأول يطبق القانون للذين الرومانى ، والثانى يطبق « قانون الانسانية أو الشعوب » . ولكن « البراطرة » الرومانيين سواء طبقوا هذا القانون أو ذاك ، لم يكونوا يقتضرون على التطبيق ، بل كانوا يصنعون القانون صنعا ، وسبيلهم الى ذلك « المنشورات القضائية » . فقد كان « البريطور » الرومانى يلى شئون القضاء سنة واحدة . وعند ولايته القضاء يعلن للناس « منشورا » يضمه ما اعتمد على اتباعه من القواعد القانونية . وكثير من هذه القواعد كان من شأنها ادخال تعديلات جوهرية على القانون الرومانى العتيق بما يتفق مع مقتضيات العدالة وتطور الحضارة وكان « البريطور » يسلك الى ذلك طريقا خاصا بالقانون الرومانى ، فقد كان فى يده ، بمقتضى ولايته للقضاء ، سلطة تنظيم الدعوى ، فله أن يعطى الدعوى من يشاء ويسلبها من يشاء . واستطاع من هذا الطريق أن يجعل القانون الرومانى يعانى الحضارة الرومانية فى تقدمها ، وأن يكسر قيود القانون العتيق ، فكان ينكر الدعوى حيث تكون المصلحة فى انكارها ولو أعطاه القانون القديم وكان يعطى الدعوى حيث تكون للمصلحة فى اعطائها ولو لم يعطها القانون القديم . مثل ذلك : كان القانون القديم لا يجعل الغش مبطلا للعقد ولما أراد « البريطور » أن يرضى ما تقتضيه العدالة من جعله سببا للبطلان ، أعطى دفا للدعى عليه اذا كان ضحية الغش . يدفع به دعوى للدعى ، ويجعل القاضى لا يحكم للدعى الا اذا لم يكن هناك غش ، وهكذا خلق « البريطور » دعاوى ودفعوا مختلفة ، كان من شأنها أن تدفع بالقانون الرومانى فى طريق التطور . وتوالت « للمنشورات القضائية »

القضاء

المنشورات القضائية

سلطة تنظيم الدعوى

المنشور المستر

واحدا بعد الآخر ، وكل « بريتور » يستبقى من منشور سابقه ما أظهر العمل صلاحيته للتطبيق ويضيف اليه جديدا ، حتى استقر عنصر ثابت من هذه المنشورات ، هو الذى يتكرر على مر الأعوام ومعه عنصر متجدد هو عامل التطور . وسعى كل ذلك « بالمنشور المستمر » . وهذا للمنشور المستمر بقى الى عهد الأمبراطورية ، ثم جمع تجميعا رسميا وحرم الأمبراطور هادريان اضافة شئ اليه ، على أن هذا القانون البريتورى بقى منفصلا عن القانون للدنى ، وبقي هذا الانفصال حتى عهد جوستينيان ، حيث امتزجا وأصبحا قانونا واحدا هو القانون الرومانى المعروف لنا اليوم . فالقانون الرومانى كان اذن من صنع القضاء الى حد كبير .

امتزاج القانون  
البريتورى بالقانون  
الدنى

وكان القانون الرومانى من صنع الفقه أيضا . وقد مر الفقه فى القانون الرومانى على أدوار ثلاثة ، كان فى الدور الأول فى يد رجال الدين يكتمون أسرارهم عن العامة ويحتكرونه احتكرا . ثم أفشى السر وأعلنت الاجراءات القانونية للناس فى دور ثان ، وأخذ الناس يتصلون بالقانون بطرق عملية لا علمية ، من طريق استفتاءات يوجهونها لرجال القانون وكان لكل مشغل بالقانون تلاميذ يتصلون به ويحضرهم فتاواه عند استفتاءه من عملائه ، ثم يناقشونه فى هذه الفتاوى ، وكانت القضاة أنفسهم ( وهؤلاء خير « البراطرة » بل كانوا أقرب الى المحلفين فى العصر الحديث ، يبتون فى الوقائع ويستفتون فى القانون اذا لم يكونوا من رجاله ) يلجأون الى رجال القانون يستفتونهم فى المسائل القانونية التى تعرض لهم فى الأحضية التى ينظرونها ، وكان رجال القانون يفتون عملاءهم ويفتون القضاة ويدرسون لتلاميذهم دون أن يأخذوا أجرا على شئ من ذلك ، فقد كان أكثرهم ينتمى الى أسر غنية ، وكان جزاؤهم على خدمتهم للقانون

الفقه

الدور الاول :  
الكهنة

الدور الثانى :  
الطرق السلية



الدور الثالث :  
الطرق العلمية

الفتاوى القانونية  
الملزمة

المدرستان البروكيلية  
والساينية

قهاء الرومان الحرة

انقطاع الفتوى  
اقبال باب الاجتهاد

أن يرشحوا للمناصب السكيرة في الدولة . وفي الدور الثالث دخل الفقه الروماني في طريقه العلمي ، فتونت المؤلفات القانونية الى جانب الفتاوى العملية ، وأصبح تدريس القانون علما أكثر منه عمليا ، واعترف للفقه بأنه مصدر رسمي للقانون الروماني ، فقد جعل لبعض الفقهاء المشهورين حق اعطاء فتاوى قانونية تلزم القضاة في أحكامهم وبدأ الفقه العلمي بمدرستين ، زعيم الأولى هو الفقيه لايو ولكنها سميت باسم تلميذه بروكليان ، وزعيم الثانية هو كاييتو ولكنها سميت باسم تلميذه ساينيان . ولم يكن بين المدرستين البروكيلية والساينية فرق كبير من حيث المبادئ العامة والطرق العلمية ، وأكثر اختلاف بين المدرستين إنما كان في التفاصيل . وقد تكون المدرسة البروكيلية أكثر محافظة على المبادئ الجمهورية اذ كان زعيمها لايو جمهوريا مخلصا حتى بعد استقرار الامبراطورية ، أما المدرسة الساينية فقد كانت أكثر تمسكا مع المبادئ الامبراطورية الجديدة . وقد توطد الفقه الروماني وانتشر ، وكان له أثر كبير في تكوين القانون بفضل هذه الفتاوى الملزمة ، واختتم هذا العهد من الفقه العلمي بخمسة قهاء هم أبعد قهاء الرومان ذكرا وأعظمهم أثرا : جاييس وابنيان والبيان وبول ومودستين ، ولما استأثرت الامبراطورة بالأمر منعوا الترخيص للقاء بالفتاوى الملزمة ، فلبأت الناس الى كتب الفقهاء القدماء ، وفي مقدمتهم بابنيان وقد علق تلميذه البيان وبول على مؤلفاته وخالفه في كثير من آرائه فأمر الأمبراطور قسطنطين بأن تعتمد آراء بابنيان دون تلميذه . وفي أوائل القرن الخامس الميلادي اعتمدت الامبراطورة آراء خمسة الفقهاء للتقدم ذكرهم وآراء الفقهاء الذين قل منهم هؤلاء الخمسة ، فاذا تضاربت الآراء

اعتمد رأى الأغلبية فاذا تساوت رجح الجانب الذى انحاز له بابينيان إذ كان يعتبر أكبر فقيه روماني . ولما وضع جوستنيان مجاميعه القانونية للمشورة أخذها من أقوال هؤلاء الفقهاء الخمسة ومن نقل عنهم هؤلاء الفقهاء . ونرى من ذلك الأثر الكبير الذى كان للفقهاء فى صنع القانون الروماني وفى تطوره .

على ان لنا ملحوظتين على الفقه الروماني : (١) تقدم القضاء الفقه فى القانون الروماني وكان له أكبر الأثر فى تكوين القانون ، فقد رأينا « المنشور القضائي » يظهر وينمو ويتطور قبل عصر الفقه العلمى وقبل ظهور الفقهاء المشهورين ، فالقانون الروماني بدأ قضاء وانتهى فقها .

ملحوظتان :  
القضاء تقدم على  
الفقه والفقهاء من  
رجال العمل

(٢) كان كبار الفقهاء الرومانيين من رجال العمل ، كانوا رجال سياسة ووزراء وبراطرة فقد كان بابينيان ومن بعده البيان وبول من كبار وزراء النبوة ، ولا يكاد يشذ عن هذه القاعدة الا جايئس فالظاهر أنه كان أستاذًا يدرس القانون فى روما ولم يتول منصبًا عمليًا . فالفقه الروماني كان اذن مشعبًا بالروح العملية ولم تكن الشقة بعيدة بينه وبين القضاء وهذا يفسر ما كان للفقه من أثر فى القضاء .

### ١٢٣ — الشريعة الإسلامية

يمكن تقسيم تاريخ الشريعة الإسلامية من حيث أثر الفقه والقضاء فى تكوينها ، الى ثلاثة عهود : عهد الرسول صلى الله عليه وسلم ، ثم العهد الذى تلاه الى وقت تدوين الفقه ، ثم من وقت تدوين الفقه الى عهدنا هذا .

( العهد الأول ) وهو عهد النبي عليه السلام ، وكانت للشريعة الإسلامية فى ذلك العهد مصدران ، الكتاب والسنة ، وكلاهما وحى ودين ، فالدين اذن كان المصدر الوحيد للشريعة الإسلامية فى ذلك العهد . أما

العهد الاول :  
الكتاب والسنة

اللقمة فلم يكن له محل ، والرسول موجود بين الناس ينزل عليه الوحي ،  
والسلمون يتلقون عنه أمور دينهم ودنيائهم . على أن النبي عليه السلام أقر  
الرأي كعصبر للشرعية الإسلامية حيث يميز الكتاب والسنة ، فقد بحث  
معاذ بن جبل إلى النبي ، ولما سأله بماذا يقضى فأجاب معاذ بالكتاب والسنة  
ثم يجتهد برأيه ، أقره النبي على ذلك .

والقضاء لم يكن كذلك مصدرا للشرعية الإسلامية في ذلك العهد  
وقد كان النبي أول قاض في الإسلام ، وكان قضاؤه ملزما لا على أنه قضاء  
بل على أنه سنة . فهو إذا قضى في حادثة كانت له صفتان ، صفة المشرع  
بما يلهمه الله من وحى وما ينزل عليه من كتاب فيبين ، القاعدة القانونية  
الواجب تطبيقها ، ثم صفة القاضي يطبق القاعدة القانونية التي قررها على  
ما يمرض أمامه من وقائع الحادثة . ويجب التمييز بين الصفتين ، صفة  
المشرع لم تنتكرها عليه الناس منذ آمنت برسائله ، أما صفة القاضي فقد  
ترددوا في التسليم له بها ، حتى نزلت الآيات القاطعة في إثباتها له ، قال  
تعالى : « فان تنازعتم في شئ فردوه إلى الله والرسول إن كنتم تؤمنون  
بالله واليوم الآخر ذلك خير وأحسن تأويلا . ألم تر أن الذين يزعمون  
أنهم آمنوا بما أنزل إليك وما أنزل من قبلك ، يريدون أن يتحاكوا إلى  
الطغوت وقد أمروا أن يكفروا به ، ويريد الشيطان أن يضلهم ضلالا  
بعيدا ... فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ، ثم لا يجحوا  
في أنفسهم حرجا مما قضيت ، ويسلموا تسليما » وقال عز وجل : « فاحكم  
بينهم بما أنزل الله » . ثم إن النبي عليه السلام كان بمصوما بصفته مشرعا ،  
ولم يكن بمصوما بصفته قاضيا ، وقد قال تأكيذا لهذا المعنى : « انكم  
تختصمون إلى ولعل بمضكم أن يكون الحق بحجته من بعض ، فأقضى له

قضاء النبي :

للتدبر في التسليم ؟  
عدم المصمة فيه

على نحو ما أسمع ، فن قضيت له بحق أخيه فلا يأخذ منه شيئاً فأنما أقضى له قطعة من نار . » <sup>(١)</sup> فقضاء النبي عليه السلام يتضمن عنصرين : القاعدة القانونية التي يقررها وهذه هي السنة وهي ملزمة بهذا الوصف ، والوقائع التي يقضى فيها وقضاؤه غير ملزم في ذلك إذ يجوز عليه الخطأ .

المهد الثاني :  
امتزاج القضاء والفقه

( المهد الثاني ) ويبدأ بهد الخلفاء الراشدين وينتهي بظهور أئمة المذاهب الفقهية وتكوين الفقه في الكتب . وفي هذا العهد كان لكل من الفقه والقضاء أثر في تكوين الشريعة الإسلامية وكان الفقه يمتزج بالقضاء والقضاء يمتزج بالفقه ، وكل منهما يماشي الآخر . ولكن الفقه أخذ يتغلب شيئاً فشيئاً حتى تمت له الغلبة في العهد الثالث . وآية امتزاج الفقه بالقضاء في هذا العهد الثاني ان وجد القاضي الفقيه وقد تأثر الفقه بقضائه ، ووجد الفقيه للمفتي وقد تأثر القضاء بفقيهه ، فكان من الصعب تمييز الفقه عن القضاء في ذلك العهد إذ كان القاضي فقيهاً والفقيه قاضياً . إلا أن حركة الفقه كصدر للشريعة الإسلامية أخذت في القوة وحركة القضاء أخذت في الضعف الى أن تغلب الفقه على القضاء بعد أن استكمل نضوجه ، وصار هو وحده الى جانب الدين مصدراً للشريعة الإسلامية ، ولكن ذلك لم يتم الا في العهد الثالث كما قلنا . أما في العهد الثاني فقد كان للقضاء شأن في تكوين الشريعة الإسلامية يملد شأن الفقه ، وكان القضاء يؤثر في الفقه تأثير الفقه في القضاء ، فلتنظر كيف كان القضاء ، ثم تنظر بعد ذلك كيف كان الفقه .

أما القضاء فكان يليه قضاة من الصحابة والتابعين وتابى التابعين

القضاء

(١) وفي رواية أخرى للحديث : « أنكم تختصمون الى رسول الله وأما أنا فبسر ولعل يعضكم ألن يمجته من يعض ، وأما أقضى بينكم على ما أسمع ، فن قضيت له من حق أخيه شيئاً فلا يأخذه ، فأما قطع له قطعة من النار يأتي بها اسطماً في عقه يوم القيامة . »

وغيرهم بعد أن فصل الخلفاء ما بين القضاء والولاية . وكان أكثر القضاة مجتهدين وأقلهم مقلدون . واشتهر عمر بالقضاء ، تولاه بنفسه وولى غيره عليه ، وولى أبا الفداء المدينة ، وولى شريحاً البصرة ، وولى أبا موسى الأشعري الكوفة ووضع له دستور القضاء في كتابه المعروف .

والقضاة في ذلك العهد كانوا يطبقون الكتاب والسنة ، ويطبقون كذلك ما استنبطه الفقهاء من الأحكام القانونية « وكان في كل مصر جماعة اشتهروا بالفقهاء واستنباط الأحكام يستعين بهم القاضي إذا اشكل عليه أمر » ، <sup>(١)</sup> وفي للبسوط للسرخسي « ان عمر كان يستشير الصحابة مع فقهاءه ، حتى اذا رخصت اليه حادثة قال ادعوا لي عليا ، وادعوا زيدا ... فكان يستشيرهم ، ثم يفصل بما اتفقوا عليه . » وترى من هذا كيف أن

القضاء كان يتأثر بالفقهاء . على ان القضاء كان يؤثر في الفقه بدوره ، فقد قدمنا أن القضاة كانوا غير مقلدين فكانوا مجتهدون رأيهم ، سبقهم الى ذلك معاذ بن جبل فيما مر بنا ، ولعمري مواقف معروفة في استعمال الرأي ، بل يصحح أن يقال انه هو المؤسس لمدرسة الرأي ، وقد وضع من القواعد القانونية في الشؤون الادارية والمالية والحربية والسياسية والمعاملات والأحوال الشخصية ما يتلاءم مع امبراطورية ناشئة ، وأمة تركت الصحراء وانتشرت في الأرض ، فخالطت المذنبات القديمة ، وجدت لها حاجات كثيرة . وكان القاضي يأخذ بقضاء سلفه فعمراً يأخذ بقضاء أبي بكر ، وعثمان يأخذ بقضاء صاحبيه . والفقهاء وراء القضاة يأخذون عنهم ، فالعراقيون يجمعون « قضاياء على وفتاواه » ، وقضاياء شريح وغيره من قضاة الكوفة ، ثم يستخرجون منها ويستنبطون « <sup>(٢)</sup> » ، وابن مسعود فقيه

(١) تاريخ القضاء في الاسلام لقاضي محمود بن عروس ص ١٩

(٢) ضحى الاسلام للأستاذ أحمد أمين جزء ٢ ص ١٧١ .

جليل يتأثر عمر بن الخطاب في دقة نظره وحريته ، وعلى بن أبي طالب خلف مجموعة من القضايا والفتاوى لأهل العراق حفظت عنه وعدت دستورا ... وشریح مارس القضاء نحو ستين سنة في العصر الأموي ، فلايس الحياة العملية ، وقد دعم مذهب الرأي بدعائم قوية وكان له أكبر الأثر في تلوينه وتمييزه «<sup>(١)</sup> وتصدر سعيد بن المسيب للفتوى ، وكان لا يهابها ، فأثر عنه كثير من الفتاوى والآراء ، وكان يقول : ما قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا أبو بكر ولا عمر ولا عثمان ولا علي قضاء الا وقد علمته «<sup>(٢)</sup> .

هذا هو شأن القضاء وتأثيره في تكوين الشريعة الاسلامية ، وأثره في الفقه وأثر الفقه فيه . أما الفقه فلم يقل عن القضاء تأثرا وأثرا . فقد كان في ذلك العهد أن وضع الفقهاء أسس الفقه الاسلامي . وقد انقسم هذا الفقه مدرستين ، أهل الحديث وأهل الرأي . بنأت المدرستان تكونان نزعيتين عند الصحابة والتابعين وتابسيهم ، فريق منهم يحافظ على القديم ويكثر من حفظ الحديث ولا يكاد يفتي الا به وهؤلاء في الغالب من بقي من فقهاء المسلمين في الحجاز ( كالعباس وعروة بن الزبير وعبد الله ابن عمر وعبد الله بن عمرو بن العاص وسعيد بن المسيب والزهري ونافع ) وفريق آخر رحل عن الحجاز ، وفي الامبراطورية الاسلامية الواسعة الاطراف وجد مدنيات تختلف عما ألفه ، وواجه أمورا غير التي عرفها ، وكل هذا يقتضى تجديدًا وتطورًا ، فإل الى الاجتهاد والرأي ( كعبد الله ابن مسعود وعلقمة ومسروق وشریح والأسود النخعي وإبراهيم النخعي

الفقه

أهل الحديث وأهل  
الرأي

(١) ضحى الاسلام للأستاذ أحمد أمين جزء ٢ ص ١٨١ .

(٢) ضحى الاسلام للأستاذ أحمد أمين جزء ١ ص ٢٠٩ .

وحمد). على أن هذا ليس معناه أن أهل الحديث كلهم كانوا في الحجاز فان منهم من كان في العراق كالشعبي ، وليس معناه أن أهل الرأي لم يكن أحد منهم في الحجاز ، فقد كان في الحجازيين من هو من أهل الرأي كريمة الرأي ، بل أن عمر يمكن اعتباره المؤسس لمدرسة الرأي كاقدمنا ، فقد كان جريئاً في اجتتهاده حتى نسخ بعض الأحكام للأثورة عن النبي عليه الصلاة والسلام لما تغيرت ظروفها ( كما فعل في حرمان المؤلف قلوبهم وفي إيقاع الطلاق الثلاث). كما أن هذا ليس معناه أن أهل الحديث لم يكونوا يعملون بالرأى أصلاً ، فقد كانوا يقولون به ولكن في حدود ضيقة ، ولم ينكره إلا مذهب الظاهريين وعلى رأسه داود الظاهري ، وليس معناه أن أهل الرأي لم يكونوا يأخذون بالحديث ، فقد أخذوا به ، ولكن لم يصح عندهم منه إلا القليل .

الفرق بين المدرستين إنما كان في الاتجاهات العامة والتزعة  
ثلا في التفاصيل ، فأهل الحديث هم المحافظون الذين يريدون البقاء على التقاليد الأولى للإسلام ، فلا يخرجون على آثار السلف الصالح إلا بالقدر الذي تقتضيه الضرورة ، فهم من هذه الناحية يشبهون للمدرسة البروكيلية في الشريعة الرومانية ، وأهل الرأي هم الأحرار المجددون الذين يتمشون مع انتشار الإسلام وانتظامه للأمم المختلفة والمذنبات المتنوعة في إمبراطورية مترامية الأطراف فيحكمون العقل لا التقاليد حتى تنسج الشريعة الإسلامية لما أظلمت من مذنبات وما سيطرت عليه من شعوب ، وهم من هذه الناحية يشبهون للمدرسة السابانية . ثم قويت التزعتان وتحدت كل تزعة ، حتى أصبحت مدرسة لها قواعد لها قواعدها . ثم ما لبثت للمدرستان أن أخذتا في التصارب شيئاً فشيئاً حتى كادتتا تمتزجان ، على النحو الذي سنراه . وبينما الآن أن نرى كيف كان نصيب الفقه في تكوين الشريعة الإسلامية في ذلك العهد كبيراً كنصيب القضاء .

ظهور مصطلح  
جديدين :

كانت مصادر الشريعة الاسلامية في عهد الرسول صلى الله عليه وسلم الكتاب والسنة ، فزادها الفقه في هذا العهد الثاني مصطلحين آخرين ، الاجماع والقياس ، وهما للصدران الخصبان اللذان يكفلان للشريعة الاسلامية مرونتها على مر الزمن . أما الاجماع فقد اعترف به كل من للدرستين بقدر واحد . ووجد منذ وجدت فكرة تنظيم الرأي من طريق الاستشارة ، فقد رأينا أن الخلفاء والقضاة كانوا يستشيرون أهل الفقه ، فإذا اجتمع رؤوس الناس وخبراهم على أمر قضا به . وقد بدأ الاجماع يكون مقصورا على الصحابة ، ثم امتد الى التابعين فتابعهم ثم صار أخيرا اجماع المجتهدين من أمة محمد في عصر من العصور ، وفي هذا تطور للاجماع من شأنه أن يجعل الفكرة خصبة قابلة لتطور جديد <sup>(١)</sup> . أما القياس ، ويؤخذ هنا بمعناه الواسع أى الرأي والاجتهاد ، فقد اختلفت للدرستان في الأخذ به اختلافا بينا ، فأهل الرأي يكثرون من القياس والتفريع والاستنباط ويفرضون القروض للمكنة وغير للمكنة حتى اشتهروا بذلك ، وأهل الحديث لا يلجأون الى القياس الا في القليل النادر من المسائل ولا يفرضون فرضا لم يقع .

الاجماع

القياس

العهد الثالث :  
تنطب الفقه على القضاء

( العهد الثالث ) ويبدأ من وقت تدوين الفقه الى وقتنا هذا .

(١) وقد وجد الفقهاء سند الاجماع في حديث النبي عليه الصلاة والسلام ( لا تجمع أمي على ضلالة ) . وتعل جولد زهر المستشرق المشهور في كتابه ( الفقيه والقانون في الاسلام ص ٢٥ ) عن طبقات الشافعية لمسكي جزء ٢ أن الشافعي رأى سند الاجماع في قوله تعالى في سورة النساء : ومن يشاقق الرسول من بعد ما تبين له الهدى ، ويبيع غير سبيل المؤمنين يولج ما يولى ، ونصحه جهنم وساءت مصيرا . انظر أيضا مفاتيح النيب للفخر الرازي جزء ٣ ص ٣٨ . وشوق هر جرونج المستشرق المعروف في مجلة تاريخ الادب سنة ١٨٩٨ مجلد ٣٧ ص ١٧ . والظاهر أنه يصعب العثور على سند واضح للاجماع في القرآن ، وأن الفقهاء هم الذين صاغوا هذا للمبدأ مصبرا للشريعة الاسلامية .



وفي أول هذا العهد ارتفع شأن الفقه ارتفاعاً عظيماً وقل شأن القضاء . وقد  
تركز مذهب أهل الرأي في أبي حنيفة <sup>(١)</sup> بالكوفة ، وتركز مذهب  
أهل الحديث في مالك بالمدينة . واستمر الخلاف بين المذاهب حتى بلغ  
أشدّه . ثم عادت للدرستان الى التقارب والتفاهم على يد أبي يوسف  
والشافعي ، وإن شذّب ذلك أحمد بن حنبل وداود الظاهري .

وقد ظهر في أول هذا العهد أئمة للذاهب للعروفة وغيرها من الذاهب  
التي اندثرت ( كذهب الأوزاعي ومذهب سفيان الثوري ومذهب داود  
الظاهري ومذهب ابن جريز الطبري وغيرها ) والواقع من الأمر أن هؤلاء  
الأئمة ختموا عهداً بدأها غيرهم ، وكان عملهم الانشائي في الفقه أقل من  
عملهم التنظيمي . فقد كان الفقه قد استكمل نضوجه على يد الفقهاء  
للتقدمين ، وأصبح ، لا سيما عند أهل الرأي من أهم المصادر للشريعة  
الاسلامية ، لا يقل عن الكتاب والسنة ، بل يزيد عليها من حيث  
الحلول التفصيلية . وكان عمل أئمة للذاهب وتلاميذهم متجهاً في معظله الى  
تسجيل فقه من تقدمهم وتجميعه مع تنظيمه ووضع على أسس منطقية <sup>(٢)</sup>  
وإذا كان لهذا العهد الثالث عمل انشائي في الفقه ، فقد كان ذلك في  
التعريفات التفصيلية ، وفي محاولة ادخال قواعد المدالة والصلحة

عمل الفقه الانشائي :  
الاستحسان المصالح  
للرسله وعلم أصول  
الفقه

(١) انظر في طريقة أبي حنيفة في استنباط الاحكام الشرعية الى كتاب الاستاذ  
لامبير في القانون للقانون من ٣٥٣ وما بعدها . ومن رأى الاستاذ لامبير أن  
ما يشير به للقبه الفرنسي ( جن ) من وجوب استنباط الاحكام القانونية بطريق  
البحث العلمي الحر هو ملساو عليه أبو حنيفة فلا في استنباط الاحكام الشرعية .

(٢) ومن هنا كان الاجماع كصدر للشريعة الاسلامية ضرورة طبيعية لا حاجة  
فيها الى سند من كتاب أو سنة ( وقد رأينا كيف حاول الفقهاء الشور على هذا  
السند ) فانه لما كان للفقه والقضاء مصدران للشريعة الاسلامية ، وتعددت للفقهاء  
والقضاة ، وجب تنظيم حركة الفقه والقضاء ، واستخلاص ما استقر عليه الرأي فيها ،  
والاخذ به باعتباره اجماعاً .

العامه مصلوا جديدا للشريعة الاسلامية ، باسم الاستحسان عند أبي حنيفة  
وللصالح المرسلة عند مالك ، وفي وضع مبادئ علم أصول الفقه وأول كتاب  
معروف فيه رسالة للشافعي . ومن المبالغة أن نرى في هذه المذاهب  
المتعددة مدارس مختلفة في الفقه ، فقد كانت متفقة الى حد كبير في الأسس  
والمبادئ الرئيسية ، ويكاد ينحصر الخلاف في بعض الفروع التفصيلية .  
على أن أئمة هذه المذاهب قد تلقى بعضهم الفقه عن البعض الآخر واهتدى  
بهديه ، فمحمد زحل الى المدينة وأخذ عن مالك ، كما أخذ الشافعي عن  
مالك ومحمد ، وأخذ احمد بن حنبل عن الشافعي ، ولولا تعصب فقهاء كل  
مذهب لمذهبهم ، لاسيا المتأخرين من الفقهاء ، لاندجت هذه المذاهب  
وأصبحت مذهباً واحداً ينتظم أهل السنة جميعاً .

احمال أئمة المذاهب  
بعضهم البعض الآخر

ورجل هذا العهد الثالث هو الفقيه ، ففيه تركزت حركة الاجتهاد  
وعنه صار المسلمون يأخذون شريعتهم ، وساعد على ذلك أن تم تدوين  
الفقه في هذا العهد ، وأن الدولة القائمة هي الدولة العباسية ، وهي الدولة التي  
اصطبغت بالصيغة الدينية ، وأخذت بيد الفقيه ورفعته أعلى الدرجات .  
بز الفقيه القاضي<sup>(١)</sup> . ومنع من ظهور المشرع<sup>(٢)</sup> ، وانفرد بمخلق في

سبب ارتطاف شأن الفقه  
تدوين الفقه  
الدولة العباسية

تنبه للقاضي والمشرع

(١) أما أن الفقيه كان يصارع القاضي فذلك ما يدل عليه كثير من الخصومات  
التي كانت تقوم بين الفقهاء والقضاة كما وقع لأبي حنيفة وابن أبي ليلى . وأما أن  
الفقيه ظفر بالقاضي فبدل عليه أن القاضي صار يقفد الفقيه ، وإذا حول الاستقلال  
في قضاء من طريق الاجتهاد لا يستطيع . وقد نقل الاستاذ حرنوس في كتابه  
تاريخ القضاء ص ٨٥ ما يؤيد ذلك ، قال : « ولما رأى يوسف بن عبد المؤمن  
صاحب بلاد المغرب المتوفى سنة ٦١٩ كثرة الخلاف بين الفقهاء ، وما نشأ من ذلك  
من التعصب للمذاهب ، أمر برفض فروع الفقه ، وأن الفقهاء لا يفتنوا الا بالكتاب  
العزيز أو السنة النبوية ، ولا يقلدون أحداً ، وأن تكون أحكام القضاء بما يؤدي  
اليه اجتهادهم في الكتاب والسنة والاجماع والقياس ، ولكن ذلك لم يتم طويلاً ،  
بل عاد الحال كما كان بعد وفاة هذا الأمير » .

(٢) وقد حول ابن المقفع أن يضع المنصور الى قنطين أحكام الشريعة الاسلامية

سواء القانون .

وقد كان الخير في أن يبقى هذا المزاج الموفق بين الفقه والقضاء في ضرر اعراد الفقيه تكوين الشريعة الاسلامية ، وهو ما شاهدناه في العهد الثاني فان الفقيه لما استأثر بالأمر في العهد الثالث ابتعد عن الحياة العملية<sup>(١)</sup> وأكثرت من الفروض الخيالية ، فجمد الفقه ، وقد ما يفنيه من عناصر الحياة الخارجية<sup>(٢)</sup> ثم وقفت حركته ، وأقل باب الاجتهاد<sup>(٣)</sup> . فاذا أريد الاصلاح وجب أن يرجع القضاء شأنه ، وأن يفتح في الفقه باب الاجتهاد من جديد . وأن يقوم التشريع الى جانب الفقه والقضاء ، فتتبنى الشريعة الاسلامية من

علم ينجم ، وما ذكره له في كتابه اقله منه اليه ، « فلو رأى أمير المؤمنين أن يامر بهذه القضية والسير المحظية ، فترفع اليه في كتاب ، ويرفع منها ما يحتاج كل قوم من سنة أو قياس » ثم نظر أمير المؤمنين في ذلك ، وأبقى في كل قضية رأيه ، ونهى عن القضاء بمثلانه ، فكتب بذلك كتابا جامعا . رجونا أن يبذل الله هذه الأحكام المحظية الصواب بالخطأ حكما واحدا صوابا ورجونا أن يكون اجتماع السير قرية لا جاع الامر برأى أمير المؤمنين وعلى لسانه . « تاريخ القضاء ( ص ٨٥ ) .

(١) وكان البعد عن القضاء يمد تنزهها ومفخرة عند بعض الفقهاء . جاء في كتاب ضحى الاسلام جزء ٢ ص ١٨٤ : « كانت هناك زعة عند بعض علماء ترى ان في تولي الوظائف السلطانية ترميض الدين للخطر ، حتى ان كثيرا من المحدثين لا يروون حديث من تقرب الى السلطان ، وان كثيرا طابوا أما يوسف من أجل تولية القضاء والحكايات من هذا القبيل كثيرة » قال محمد بن جرير الطبري : انه قد نحى حديث أبي يوسف قوم من أهل الحديث ، من أجل غلبة الرأي عليه وتبريمه الفروع والاحكام ، مع صمية السلطان وتقلده القضاء . ولعل السيين هما اللباعتين لاني حقيقة على امتناعه من تولي القضاء في العهد الاموي . . . وفي الفهولة الباسية .

(٢) انظر رأى الاستاذ لاميير في ضرر الاخذ بالرأى اذا لم ترشده وتسدده عناصر الحياة الخارجية في كتابه في القانون المقارن ص ٣٦١ .

(٣) بعد أن رتب طبقات الفقهاء ، طبقة المجتهدين في الشرع ، وطبقة المجتهدين في الملعب ، وطبقة المجتهدين في المسائل التي لا تنس فيها عن صاحب الملعب ، وأصحاب التفرغ ، وأصحاب الترجيع ، وأصحاب التمييز ، وطبقة المقلدين . ومنذ وصلنا الى طبقة المقلدين أقل باب الاجتهاد .

هذه المصادر الثلاثة<sup>(١)</sup>.

#### ١٢٤ - مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الروماني

(أولاً) بدأ القانون الروماني قضاء وانتهى فقها كما قدمنا ، أما الشريعة الإسلامية فقد بدأت فقها وقضاء وانتهت فقها ، فهي تشترك مع القانون الروماني في النهاية وتختلف في البداية . وقد يكون الخلاف في البداية راجعاً إلى أن الفقه الإسلامي وجد منذ نشوء الشريعة الإسلامية نظاماً قانونياً متماسكاً ، دعائمه الكتاب والسنة ، في حاجة إلى تفسير فقهي . أما القانون الروماني ، فقد بدأ عادات غير محدودة ، فكان لابد أن يتقدم القضاء الفقه حتى يوجد النظام القانوني الذي يفسره الفقه .

مقارنة بين الشريعة  
الرومانية  
نصيب الفقهاء والفقه

والقضاء كان أبداً أثره في تكوين القانون الروماني منه في تكوين الشريعة الإسلامية .

أما الفقه فأثره في تكوين الشريعتين واحد . ويشبه الفقه الإسلامي الفقه الروماني في أنه بدأ مثله بمدرستين ، وتكون في نحو قرنين ، وتقدم بأئمة أعلام ختموا العهد الخصب في تكون الفقه ، ثم أئمة المذاهب في الفقه الإسلامي ، وهم الفقهاء الخمسة المعروفون في الفقه الروماني . ولكن يلاحظ أن الفقه الإسلامي بقي زاهراً بعد أئمة المذاهب مدة طويلة ولم يكن الأمر كذلك في الفقه الروماني .

(ثانياً) لم تسلك الشريعة الإسلامية في نموها الطريق الذي سلكه

(١) ولما كان الاجماع هو المنظم للفقه والقضاء فيما سبنا ( ويتضمن في الرأي والقياس اذ ليس هذان الا فقها وقضاء ) ، فانه من المستطاع أن يكون الاجماع منظمًا للتشريع أيضاً ، وقد سبقنا الإشارة إلى ذلك . فالاجماع اذن يأتي بعد الكتاب والسنة ( وما بمثابة دستور الشريعة الإسلامية ) لينظم كلام من الفقه والقضاء والتشريع .

نمو القانون الروماني  
من طريق الاجراءات  
ونمو الشريعة من  
طريق الأحكام  
الموضوعية :  
قواعد المدالة  
الجزئيات والفروع  
أصول الفقه

الفقه الروماني ، فإن هذا القانون بدأ عادات كما قدمنا ، ونعى وازدهر من طريق الدعوى والاجرامات الشكلية أما الشريعة الاسلامية فقد بدأت كتابا منزلا ووحيا من عند الله ، ونمت وازدهرت من طريق القياس المنطقي والأحكام الموضوعية<sup>(١)</sup> . وقد خالطت قواعد المدالة القانون الروماني ( في القانون البريطوري وقانون الشعوب ) ، وقابل ذلك في الشريعة الاسلامية الاستحسان والمصالح المرسلة وديوان المظالم وان كانت أقل امعانا في التوغل وأضعف أثرا . وقهاء المسلمين كقهاء الرومان شادوا الشريعة الاسلامية على الجزئيات والفروع ، ولم يستخلصوا منها الأصول والمبادئ العامة إلا القليل النادر ( كافي الاشياء والنظائر ) الا أن قهاء المسلمين امتازوا على قهاء الرومان ، بل امتازوا على قهاء العالم باستخلاصهم أصولا ومبادئ عامة من نوع آخر هي أصول استنباط الأحكام من مصادرهما ، وهنا ما سموه يعلم أصول الفقه .

## ١٢٥ - القانون الانجليزي

أسباب تأثير القضاء  
في القانون الانجليزي  
(١) عدم وجود  
أساس لحركة فقهية  
(٢) وجود المبادئ  
(٣) المغلقة الانجليزية  
(٤) علم كمال القضاء

يكاد لا يوجد قانون هو من صنع القضاء كالقانون الانجليزي ، ويكاد لا يوجد قانون أثر الفقه في تكوينه ضئيل كذا القانون . وقد يصل ذلك بالاعتبارات الآتية :

(١) لم تتأثر الانجليز بالقانون الروماني الا الى حد محدود ، ولم يكن

(١) على أن كل مصادر الشريعة الاسلامية قابلة للتطور ، وقد تطورت بالفعل ، ففي الكتاب الناسخ والمنسوخ ، وفي السنة هذا أيضا ، على أن السنة لم تتحد الا في القرن الثالث بعد أن كثرت نسبة الحديث التي طيه السلام مما أدخل في السنة عنصرا كبيرا من الرونة ( أنظر لاميير في القانون القانون من ٣٢٠ ) وفي الاجماع تطور اذ ان الاجماع ينسخ الاجماع ، وفي القياس ( أي الرأي والفقه والقضاء ) تطور ولا أدل على ذلك من منعي للتأني والراق والمصري .

عندها قانون سماوى يكون أساسا لحركة قهفية كما تم ذلك فى الشريعة الإسلامية .

(٢) لم يكن أمام الانجليز اذن غير العادات السكسونية والعادات النورماندية تبدلأ بها شريعتهم : وحيث يكون القانون مجموعة من العادات ، فان القضاء هو خير أداة لتقريرها ، فتنلس الناس التقرير الرسمى لهذه العادات فى قضاء المحاكم .

(٣) وللعقلىة الانجليزية أثر كبير فى جعل القضاء مصدرا للقانون ، ففى عقلية عملية ، تتجافى عن النظريات والتفكير للمنطقى وتسكن الى الحقائق الواقعية ، وعقلية كهذه تجد قانونها فى القضاء لا فى الفقه .

لا يكاد يكون للفقه اذن نصيب فى تكوين القانون الانجليزى لاسيما فى المصور السالفة ، واذا وجد فى المصور الحديثة بعض فقهاء من الانجليز انطلقوا للفقه وتخصصوا للدراسة النظرية ففى الماضى لم يكن هناك قهية انصرف للفقه الخالص ، بل كان بعض القضاة والمحامين يقومون بعمل بعض المؤلفات الفقهية التى تقبلت فيها الصبغة العلمية .

فالقضاء هو الذى كون القانون الانجليزى وأصبح مصدره الرسمى . ولم تكن القوة الملزمة للقضاء الا نتيجة لأحكام القضاء نفسها ، فالقضاء الانجليزى هو الذى فرض نفسه ، وأخذ الناس بالسوابق القضائية وساعده على ذلك أنه كان قليل العدد ، كبير الكفاية ، عزيز المكانة الاجتماعية ، فبنى من التقاليد ما جعل الناس تألف احترام أحكامه ، وتدرج فى هذا الطريق حتى أصبحت أحكامه ملزمة .

ويمكن تقسيم القضاء الانجليزى الى ثلاثة عهود :

( العهد الأول ) من وقت الفتح النورماندى فى النصف الأخير من

العهد الاول  
توحيد العادات

القرن الحادى عشر الى قيام محاكم ( المعدلة ) فى القرن الرابع عشر . وفى هذا العهد أنشأ النورمانديون محاكم عامة للبلاد ، بعد أن كانت المحاكم محلية ، وصارت هذه المحاكم تنتقل من جهة الى أخرى ، ثم تتجمع فى لندن . وهذه هى المحاكم التى وضعت أساس القانون الانجليزى فانها وحدت العادات المتضاربة المختلفة فى البلاد الانجليزية . وصاغت من هذه العادات الموحدة

مبادئ القانون الانجليزى المعروف باسم « القانون العام » فالقانون العام أساسه اذن العادات القديمة ، ولكن القضاء الانجليزى تناول هذه العادات المتفرقة المبهمة المتناقضة فجمع شتاتها ، ووضح معالمها ، وصاغها قانونا قابلا للتطبيق وقد انقسمت الآراء فى تحديد نصيب القاضى فى صنع « القانون العام » ففريق ( على رأسه هيل وبلاستون ) يرى ان القاضى لم يصنع القانون العام ، بل ان هذا القانون هو وليد العادات ، والقاضى يكشف عن هذه العادات ويقررها قانونا ، ويذهب فريق آخر ( على رأسه اوستن ودائسى ) الى ان القاضى هو الذى صنع ( القانون العام ) ، وان العادات ليست الا مصدرا تاريخيا للقواعد القانونية لا مصدرا رسميا لها ، ولكن النظرية الحديثة تأخذ بالقدر الصحيح فى كل من النظريتين ، فتجمل « للقانون العام » الانجليزى مصدرين . العادات والقضاء ؛ فتارة كان القاضى يرى امامه عادات موجودة وما عليه الا أن يطبقها ؛ فهو فى هذه الحالة يكشف عن القانون ويقرره ، لا ينشئه ويصنعه ، وطورا كان يتقيد القاعدة القانونية فلا يبدعها فى عادات محدودة واضحة ، فيضع القاعدة بعد أن يحرر العادات ويهذبها وهو فى هذه الحالة ينشئ القانون ويصنعه ، لا يكشف عنه ويقرره .

( العهد الثانى ) من وقت قيام محاكم « المعدلة » فى القرن الرابع عشر حتى وقت توحيد « قانون المعدلة » و « القانون العام » فى أواخر القرن

العهد الثانى :  
قانون المعدلة

التاسع عشر : والسبب في قيام « محاكم العدالة » هذه ان « القانون العام » كان شديد التعقيدات ، كثير الأوضاع والاشكال ، بطيء التطور فأنشأ « مستشار الملك ديوانا ينظر في المظالم ، وينصف الناس من جمود « القانون العام » وما زال هذا الديوان يتسع ويتحدد اختصاصه حتى انقلب محاكم تأخذ بقواعد العدالة ، غير مفيدة بتقاليد « القانون العام » وما تضمنه من أوضاع وأشكال<sup>(١)</sup> وصارت الأحكام التي تصدرها « محاكم العدالة » سوابق قضائية ملزمة ، لا يجوز الانحراف عنها في القضايا المماثلة « فحاكم العدالة » هي التي خلقت اذن « قانون العدالة » . ولا يرد هنا الخلاف الذي ورد في « القانون العام » هل هو من صنع القضاء أو هو وليد العادات ، فلا شك في أن « قانون العدالة » هو من وضع القضاء .

( العهد الثالث ) من وقت توحيد « قانون العدالة » « والقانون العام » الى وقتنا هذا . رأينا نشوء « قانون العدالة » وتطوره ونموه ، حتى صار قانونا مستقلا الى جانب « القانون العام » له محاكم تطبقه ومؤسسات تشرحه . وبقي يناقش « القانون العام » حقبة طويلة ، وهو يتقوى وتستقر مبادئه على الزمن . وقد أخذت كفته ترجح كفة « القانون العام » منذ القرن السابع عشر ، فأصبح من حق « محاكم العدالة » أن توقف تنفيذ حكم صادر من « محاكم القانون العام » وأصبحت القاعدة اذن أن « القانون العام » لا ينفذ الا حيث لا يصطدم مع « قانون العدالة » وفي هذا ظفر عظيم « لمحاكم العدالة » « ولبيداء العدالة » وقد تم تسجيل هذا الظفر في أواخر القرن التاسع عشر ، اذ صدر قانون في سني

العهد الثالث :  
توحيد قانون العدالة  
والقانون العام

(١) أنظر في بعض الامثلة الى كتاب الأستاذ محمد فؤاد مهنا بلغة الفرنسية في « نصيب القاضي في صنع القانون الانجليزي وفي صنع الفريعة الاسلامية » باريس سنة ١٩٣٠ ص ٧٨ و ص ١٠٦ .



١٨٧٣ - ١٨٧٥ يمزج « محاكم المدالة » بمحاكم « القانون العام » ويخلق منها نظاما واحدا يطبق القانون العام في التواحي التي لم يدخل عليها « قانون المدالة » تعديلا ، والا فقانون المدالة هو الذي يطبق . وهكذا اختلط « القانون العام » « بقانون المدالة » <sup>(١)</sup> وصار قانونا واحدا هو في الواقع من صنع القضاء .

## المبحث الثاني

الفقه والقضاء في القوانين الحديثة

١٢٦ - نزعتاه مختلفتان في القوانين الحديثة

أما في القوانين الحديثة فنصيب الفقه والقضاء يختلف حسب النزعة المتغلبة . وهناك نزعتان مختلفتان في القوانين الحديثة ، النزعة السكسونية والنزعة الرومانية .

فالنزعة السكسونية تسود حيث يوجد القانون الإنجليزي ، في بريطانيا وأمريكا وأستراليا وجنوب أفريقيا والهند وغيرها من البلاد وهي لا تعيم للفقه وزنا كبيرا ، ولكنها تأخذ بالقضاء فتجمله من أهم المصادر الرسمية للقانون .

والنزعة الرومانية تتجلى في البلاد اللاتينية كفرنسا وبلجيكا وإيطاليا وإسبانيا ، وتتجلى كذلك في البلاد الجرمانية كالمانيا والنمسا وهولندا وسويسرا . وهذه النزعة لا تعطى للقضاء هذا الشأن الكبير ، فلا تجمله مصدرا رسميا للقانون <sup>(٢)</sup> ولكنها تعنى به فتجمله مصدرا تفسيريا هاما .

(١) كما امتزج القانون المدني بالقانون البريطاني في القانون الروماني .

(٢) على أنه يوجد نص في القانون السويسري يقتضي بأن القاضي إذا لم يجد نصا في القانون ينطبق على القضية التي أملة يحكم فيها كما لو كان هو المصراع وطلب إليه أن يضع القاعدة القانونية التي تنطبق على القضية .

أما الفقه فيرفع عندها الى مكانة تداني مكانة القضاء فهو اذا لم يكن مصدرا رسميا للقانون فان له شأنًا كبيرا كمصدر تفسيري . فالفقه والقضاء في هذه البلاد مكانتهما واحدة من حيث هما مصدران تفسيريان .  
ونختار القانون الانجليزي ممثلا للنزعة السكسونية ، والقانون الفرنسي ممثلا للنزعة الرومانية .

### ١٢٤ - الفقه والقضاء في القانون الانجليزي الحديث

أما الفقه فلا شأن له في تكوين القانون الانجليزي كما قدمنا ، وان كان هناك من الشواهد ما يدل على ان رجال القانون في انجلترا أخذوا يهتمون بالفقه فان التوسع في تدريس القانون في الجامعات كان من شأنه أن يصرف البعض الى دراسة القانون دراسة قهية ، ومن أشهر قهاء الانجليز في هذا العصر الحديث بولوك ودايس وهولند وأنسون . ولكن الفقيه لا يزال بعيدا عن التأثير في القانون الانجليزي ، بله تكوينه ، ولا يزال القانون الانجليزي من صنع القاضى ومن صنع المشرع .

الفقه :  
ليس له شأن

ولا شأن لنا بالمشرع في هذا المقام ، وانما نقف عند القاضى . قد قدمنا أن « القانون العام » « وقانون العدالة » امتزجا وصارا قانونا واحدا تطبقه المحاكم الانجليزية على اختلاف درجاتها ، وعلى رأس هذه المحاكم مجلس اللوردات ، ثم محكمة الاستئناف ، ثم محاكم أول درجة . وتقضى القاعدة بأن قضاء مجلس اللوردات ملزم لمنا المجلس ولسائر المحاكم الانجليزية وبعبارة أخرى يعتبر قضاء مجلس اللوردات قانونا يجب تطبيقه في القضايا للمائة ، ويلتزم بتطبيقه محاكم أول درجة ومحكمة الاستئناف ومجلس اللوردات نفسه . وقضاء محكمة الاستئناف يلزمها ويلزم محاكم أول درجة باعتباره قانونا يجب تطبيقه في القضايا المائة . أما قضاء محاكم أول درجة بالنسبة لهذه المحاكم وبالنسبة لمحكمة الاستئناف وللمجلس اللوردات

القضاء :  
السوابق القضائية  
ملزمة

فيعتبر قانونا لازما لا يجوز مخالفته الا اذا توافر شرطان ، الشرط الأول أن يأتي هذا القضاء مخالفا للقانون أو العدالة ، والشرط الثاني ألا يكون قد مضى عليه وقت طويل حتى لا تطمئن الناس الى استقراره وتجري تعاملها على مقتضاه <sup>(١)</sup> .

ورى من ذلك الى أى أحد وصل احترام القضاء في القانون الانجليزي وكيف أن المحاكم الانجليزية تأخذ بالسوابق القضائية باعتبارها قانونا لازما ، وقد يصل الأمر الى أن مجلس اللوردات وهو أعلى محكمة قضائية ، يتقيد بقضاء محاكم أول درجة ، ولا يجوز له أن ينحرف عن هذا القضاء الا بالشرطين للتقدم ذكرهما .

ولما كان القضاء الانجليزي على هذا القدر من الأهمية ، قد جمعت السوابق القضائية في مجلدات ضخمة ، يرجع اليها رجل القانون في إنجلترا كما يرجع رجل القانون في فرنسا الى نصوص التقنينات الفرنسية وترجع هذه السوابق القضائية في القدم الى القرن الثالث عشر .

### ١٢٨ — الفقه والقضاء في القانون الفرنسي الحديث

لفقه في القانون الفرنسي مكانة أعظم بكثير من مكانة الفقه في القانون الانجليزي ، أما القضاء فكأنه في القانون الأول قل عن مكانته

---

(١) أما قضاء المحاكم الأخرى ، كالمحاكم الادلندية والمحاكم الامريكية ومحكمة استئناف المستعرات ، فهو غير مؤثر للمحاكم الانجليزية وإنما تستأنس به هذه المحاكم على النحو المتبع في البلاد اللاتينية والجرمانية . ويلاحظ أن قضاء مجلس اللوردات ومحكمة الاستئناف ومحاكم أول درجة لا يكون ملزما الا في المبادئ القانونية التي يكون تقريرها ضروريا لفصل في القضية التي ورد فيها هذا القضاء ، أما المبادئ القانونية التي يقررها القضاء على سبيل التبسيط والتوسع فهي غير ملزمة ( أنظر في القضاء الانجليزي سالمون في علم أصول القانون لندن سنة ١٩٢٥ الطبعة السادسة ص ١٥٩ - ١٧٨ ) .

في القانون الثاني فهذا الارتفاع عن مكانة الفقه ، وهذا النزول في مكانة القضاء ، يقرب الشقة بينهما ويجعلهما متساوي الأثر في القانون الفرنسي .  
والفقه والقضاء كلاهما مصدر تفسيري في القانون الحديث وليس بمصدرين رسميين كما كان الأمر في القانون الروماني وكما هو في القانون الانجليزي بالنسبة للقضاء .

القضاء :  
السوابق القضائية

وإذا كان القضاء في فرنسا قد أخذت أهميته تزداد شيئا فشيئا وقد اقترب منه الفقه ، فتارة يقتضى أثره وطورا يسير في طبيعته ، فانه لا يزال من الناحية النظرية معادلا للفقه من حيث انه مصدر تفسيري لا مصدر رسمي ، وإن كان من الناحية العملية يمتاز على الفقه في ان أحكامه هي التي تنفذ على المتقاضين . على ان السوابق القضائية في فرنسا يستأنس بها ، وليست ملزمة كما هو الأمر في إنجلترا على ما قدمناه ، وكثيرا ما تصطدم المحاكم الاستئنافية مع محكمة النقض في أحكامها ، بل كثيرا ما تعدل محكمة النقض نفسها عن المبادئ التي قررتها . ولا يكون حكم محكمة النقض ملزما الا في حالة خاصة ، هي أن تنقض حكما ، وترجع القضية الى المحكمة الاستئنافية ، فتفرض فيها ، فيرفع قض آخر عن الحكم الثاني لنفس الأسباب الأولى ، فتفرض محكمة النقض في دوائرها المتجمعة في هذا النقض ، فان قضت بنقض الحكم الثاني لنفس الأسباب التي نقضت من أجلها الحكم الأول ، فان المحكمة التي تحال اليها القضية تلتزم بتطبيق البدأ القانوني الذي قرره محكمة النقض في هذه القضية دون غيرها ، فان لم تفعل ، ورفع قض عن الحكم الثالث ، فان محكمة النقض نفسها تلتزم بتطبيق البدأ الذي قرره . ونرى من ذلك الى أى حد ضيق يكون حكم محكمة النقض ملزما . على انه حتى في هذا الحد الضيق ، لا يكون حكما ملزما باعتباره قانونا يطبق على القضايا المماثلة ، بل هو ملزم بمعنى انه واجب

التطبيق في قضية معينة بالنات . والفرنسيون حريصون على ألا يحلوا أحكام القضاء قوانين ملزمة احتراماً لمبدأ فصل السلطات ، فالسلطة القضائية ليس من وظائفها أن تشرع ، بل هي تقتصر على تفسير القوانين وتطبيقها . وقد حرمت المادة الخامسة من القانون للدني الفرنسي على القضاء أن يضمروا للفصل في إحدى الدعاوى مبدأ عاماً يطبق في القضايا المتأثلة وقد كان هذا الحق ثابتاً للمحاكم الفرنسية القديمة التي كانت تدعى « بالبرلمانات » فنزع هنا الحق من المحاكم ، حتى لا تكون سلطة قضائية وسلطة تشريعية في وقت واحد<sup>(١)</sup> .

وكذلك الفقه في فرنسا ليست مهمته أن يشرع ، ولا يوجد في القانون الفرنسي الحديث ، كما وجد في القانون الروماني ، قضاء تكون فتاواه ملزمة للقضاء ، كما ان القضاء المجتهدين لا تعتبر أقوالهم مصدراً رسمياً للقانون كما كان شأن الاجتهاد في الشريعة الإسلامية . فهما عطلت منزلة الفقيه لا يكون رأيه ملزماً للقضاء ، بل ان القاضي يستأنس برأى الفقيه ، وله بعد ذلك أن يأخذ به أو لا يأخذ ، فالفقيه في فرنسا يفسر القانون ولكنه لا يصنعه .

ونرى من ذلك ان الفقه والقضاء في فرنسا يتعاونان على تفسير القانون وتطبيقه تطبيقاً صحيحاً بما تقتضيه المبادئ العملية والحاجات العملية . ثم ان الفقه بعد ذلك لا يكون ملزماً للقضاء كما أن القضاء لا يكون ملزماً للفقه ؛ فالسبيل متروح أمامهما للتعاون والرقابة . فالتقاضى يتعاون مع الفقيه ويراقبه . والفقيه يتعاون مع القاضي ويراقبه . ورأى كل منهما . بل رأى كليهما لا يكون ملزماً باعتباره قانوناً ، وان كان له من الوزن ما يسمح

(١) على أن القضاء ( اذا لم يجد نصاً يطبقه في قضية معينة ) قد يستلج الحكم القانوني من مصادره المختلفة ( فهو في هذه الحالة يشرع ) ولكن تفرمه مقصور على قضية معينة .

بالتأثير في القانون تأثيرا عظيما . وكثيرا ما يكون الرأي الذي يجمع عليه  
الفقه والقضاء مصدرا تاريخيا للقانون وان لم يكن مصدرا رسميا . وهذا  
التعاون ما بين الفقه والقضاء في فرنسا هو من خير الوسائل لترقية القانون ،  
وقد قلنا ان لكل من الفقه والقضاء مزايا وعيوب ، فالتعاون يوفر المزايا  
ويجنب العيوب ، فيكون الفقه والقضاء كل منهما مكمل الآخر .

انزال الفقه عن  
القضاء في القرن  
التاسع عشر

على ان هذا التعاون ليس قديما . فقد كان الفقه والقضاء ، في الجزء  
الأكبر من القرن التاسع عشر . بعيدين أحدهما عن الآخر يعيش الفقه  
وحده بين جدران الجامعات ، بمعزل عن القضاء الذي تطبقه المحاكم . وقد  
نشأ عن عزلة الفقه هذه أن صار قهبا خياليا بعيدا عن الحياة العملية .  
ونشأت مدرسة قهية هي مدرسة ( الشرح على المتن ) لا تعترف الا  
بالنصوص التشريعية مصدرا للقانون ، تقف عندها ، ولا تنظر ما وراءها .  
فالنصوص وحدها هي التي تتضمن القانون . ويجب تفسير هذه النصوص  
بما ينطبق على نية المشرع الحقيقية وقت وضع هذه النصوص ولا يبالون  
بعد ذلك بالمصادر الأخرى للقانون ما دامت لم تدخل في نطاق التشريع .  
ولا يكثرثون بتطور النظم الاجتماعية ، وبما له من أثر في النصوص  
التشريعية . فنقدم ان العبرة بنية المشرع الحقيقية وقت وضع التشريع ،  
لا بنيته المحتملة وقت تطبيقه . وبقيت هذه المدرسة تسود الفقه الفرنسي  
طوال القرن التاسع عشر ، الى أن أصبح الفقه تميرا خياليا عن القانون .  
وأصبحت دراسته في الجامعات دراسة نظرية ، لا تمت بصلة الى الحياة  
العملية . أما التعبير الحى عن القانون فيلتبس في القضاء . وقد أدرك  
الفقهاء المحدثون هذه الحقائق فهجروا المدرسة التقليدية ( مدرسة الشرح  
على المتن ) واقربوا من القضاء ، ونظروا الى القانون وهو يطبق في الحياة  
العملية . فوجدوه شيئا آخر غير القانون الذي يشرح في الكتب . وعلموا .

أن القانون ليس محصورا في النصوص التشريعية ، وأن هناك مصادر أخرى للقانون على الفقه وعلى القضاء أن يستنبط منها ما تعجز النصوص التشريعية عن توليده من القواعد القانونية . وكان القضاء بقريرته مدركا لهذه الحقيقة عاملا بمقتضاها ، فأقترب الفقه من القضاء وأخذ في التعاون على النحو الذى قدمناه <sup>(١)</sup> .

### ١٢٩ — نصيب الفقه والقضاء في تكوين القانون المصرى

مصادر القانون  
المصرى :

القانون المصرى مأخوذ من مصادر مختلفة ، أهمها مصدران ، القانون الفرنسى والشريعة الاسلامية . للمصدر الأول أخذ عنه للشرع المصرى قانون المعاملات المدنية والقوانين التجارية والبحرية والجنائية وقوانين الاجراءات . والمصدر الثانى أخذ عنه قانون الأحوال الشخصية . والقانون الفرنسى مصدر تاريخى للقانون المصرى . أما الشريعة الاسلامية فهى مصدر رسمى .

أما نصيب الفقه والقضاء في تكوين قانون الأحوال الشخصية فهو نفس نصيبها في تكوين الشريعة الاسلامية . وقد تقدم بيان ذلك .

وكذلك نصيب الفقه والقضاء في تكوين قانون المعاملات المدنية والقوانين الأخرى هو نفس نصيبها في تكوين القانون الفرنسى . الا انه مما يجدر ذكره هنا أن المشرع للمصرى ، عندما نقل تقنيناته عن التقنينات الفرنسية ، أخذ في بعض المسائل بالقضاء الفرنسى لابلتشرى . مثل ذلك الهبة في صورة البيع وجواز تخفيض أجر الوكيل . فيكون للقضاء الفرنسى

(١) المؤلفات الفقهية في القانون الفرنسى كثيرة ، منها المطول والمختصر ، وقد اشتهر الفقه الفرنسى بوضوحه وبحسن ترتيبه . ومن أهم للطولات الحديثة في الفقه للسندى بودرى وبلايول ، ومن أهم المختصرات بلايول وكولان مع كاييتان وجوسران . ولاحكام القضاء في فرنسا بمحفوظات كثيرة أشهرها دالوز وسيرى .

التالى للتشريع أثر مباشر فى تكوين القانون المصرى .

الفقه والقضاء  
مصدران تفسيريان

١٣٠ - الفقه والقضاء مصدران تفسيريان لا مصدران رسميان :

أما وقد وجد القانون للمصرى . وكان نصيب الفقه والقضاء فى تكوينهما هو القدر الذى ذكرناه ، فإن الفقه والقضاء الآن لا يعدوان أن يكونا مصدرين تفسيريين للقانون المصرى ، وليسا مصدرين رسميين . فالنزعة الرومانية اللاتينية ، لا النزعة السكسونية ، هى للتغلب فى مصر .

١٣١ - الفقه والقضاء فى القوانين الأهلية والمختلطة :

الفقه والقضاء  
المصريان

هما مصدران تفسيريان كما قلنا . تستأنس بهما المحاكم الأهلية والمحاكم المختلطة فى تفسير القانون . ولكن لما أن تأخذ بهما أو تدعها كما تفعل المحاكم فى فرنسا .

وليس القضاء الأهلى فى مصر ملازما الا فى حالة واحدة ، هى أن يطعن فى حكم بطريق النقض فينقض ، وتحال القضية الى المحكمة التى أصدرت الحكم للطعون فيه لتحكم هذه المحكمة فيها من جديد . ففى هذه الحالة يتحتم على المحكمة التى أحيلت اليها القضية أن تتبع حكم محكمة النقض والابرام فى للسألة القانونية التى فصلت فيها هذه المحكمة وحكم محكمة النقض ملازم فى هذه القضية بالنات دون غيرها . كما تقدم ذلك فى قضاء محكمة النقض الفرنسية .

الفقه والقضاء  
الفرنسيان

على ان المحاكم المصرية ، كما تستأنس بالفقه والقضاء المصريين ، كثيرا ما تستأنس بالفقه والقضاء فى فرنسا . ويرجع السبب فى ذلك الى ان القوانين المصرية مأخوذة من القوانين الفرنسية كما قلنا . فتفسير الفقه والقضاء الفرنسيين للقوانين الفرنسية يصلح فى أغلب الأحيان تفسيرا



القوانين المصرية . ثم ان الفقه والقضاء في مصر لا يزالان في مراحلهما الأولى من التقدم ، وهما يبد كثيرا التقليد للفقه والقضاء الفرنسيين ، وربما التأثير بهما ، فتؤثر المحاكم المصرية في كثير من الأحوال أن ترجع الى الأصل دون التبعية . ونرى من ذلك أن الفقه والقضاء في حاجة الى استكمال نضوجهما حتى يتمكننا من الاستقلال والاستغناء عن المصادر الأجنبية .

فاللغة المصرية ليس له طابع شخصي ، ويكاد يكون تقليدا محضا للفقه الفرنسي ، على وفرة للؤلؤات الفقهية والرسائل والمجلات في القانون المصري في جميع فروعه ، من أهلى ومختلط وعلى اختلاف المؤلفين من مصريين وأجانب . « ولستنا ننكر ما قامت به أساندة القانون وغيرهم من جهود جليلة فتحت الباب لمن أتى بمسهم يرسم خطاهم . الا أننا أصبحنا بحمد الله أمة طموحا تبغى الدنو أبدا من الكمال . ولا تزال المرحلة التي قطعناها . على ما فيها من جهود ومشقة صغيرة الى جنب المراحل التي بقي علينا أن نجتازها واذا كنا قد وقفنا الى تأدية الفقه الحديث في لغة عربية صحيحة غير مضطربة وغير سقيمة . فقد بقي أماننا خطوتان أخريان أجل شأننا وأكبر خطرا علينا أولا أن « نمصر » الفقه فنجعلها فيها مصريا خالصا نرى فيه طابع قوميتنا ونمحي أثر عقليتنا . ففقهنا حتى اليوم لا يزال هو أيضا يحتل الأجنبي . والاحتلال هنا فرنسي ، وهو احتلال ليس بأخف وطأة ولا بأقل عنتا من أى احتلال آخر . لا يزال الفقه المصري يتلمس في الفقه الفرنسي المهادى المرشد ، لا يكاد يتزحزح عن أهقه أو ينحرف عن مسراه ، فهو ظله اللاصق وتابعه الأمين . فاذا قدر لنا أن نستقل بفقهنا وأن نفرغه في جو مصرى ، يشب فيه على قلم مصرية ، وينمو بمقومات ذاتية بقي علينا أن نخطو الخطوة الأخيرة فنخرج من العائرة القومية الى العائرة العالمية وتؤدى قسطا مما تفرضه علينا الانسانية ضريبة في سبيل

تقدم الفقه العالمى أو ما اصطلاح الفقهاء على تسميته بالقانون المقارن . . . .  
( ومن أهم الوسائل فى الوصول الى ذلك العناية بالشريعة الاسلامية )  
شريعة الشرق ، ووحى المهامه ، وعصارة أذهان مفكره ، نبتت فى صحرائه ،  
وترعرعت فى سهوله ووديانه ، فهى قبس من روح الشرق ، ومشكاة من  
نور الاسلام ، يلتقى عندهما الشرق والاسلام فيضىء ذلك بنور هذا  
ويسرى فى هذا روح ذلك . حتى ليمتزجان ويصيران شيئا واحدا . هذه  
هى الشريعة الاسلامية لو وطئت أكنافها ، وعبدت سبلها ، لكان لنا فى  
هذا التراث الجليل ما ينفخ روح الاستقلال فى قهنها وفى قضائنا وفى  
تشريعنا ، ثم لأشرفنا نطالع العالم بهذا النور الجديد ، فنضوء به جانبا من  
جوانب الثقافة العالمية فى القانون . » (١)

وكذلك القضاء المصرى فهو لا يزال يستمد غذاءه من القضاء  
الفرنسى ، ويكاد لا يستغنى عنه ، وان كان قد وصل فى طريق الاستقلال  
الى مرحلة أبعد من مرحلة الفقه ، سواء فى ذلك القضاء الأهلى والقضاء  
المختلط ، لاسيما بعد أن أنشئت محكمة النقض الأهلية ، وتهذبت المجموعات  
التي تشر بها الأحكام القضائية الأهلية والمختلطة . (٢)

على ان الفقه والفقهاء فى مصر لا يزالان يعيشان كل منهما بمزمل  
عن الآخر ، ولا صلة بينهما الا أنهما ينهلان من مصدر واحد ، هو الفقه  
والقضاء الفرنسيان . والطريق مفتوح لجهود مشتركة منظمة ، يتعاون فى  
بذلها الفقه والقضاء . فإذا عنى القضاة بكتابة أحكامهم على أسس قعينة

انزال الفقه من  
القضاء فى مصر

(١) من الكلمة الافتتاحية لكتابنا : « النظرية العامة للالتزامات الجزء الأول  
فى نظرية العقد » .

(٢) وأهم هذه المجموعات المجموعة الرسمية ومجلة المحاماة فى القضاء الأهلى  
ومجموعة للتدريس والقضاء المختلط وجازيت المحاكم المختلطة فى القضاء المختلط .

متينة ، وبنشر هذه الأحكام ، وعنى الفقهاء بالتعليق على أحكام المحاكم والاستئناس بها فيما يقررونه من المبادئ الفقهية ، وتيسر لرجال الفقه أن يعيشوا في بيئة قضائية ، ولرجال القضاء أن يعيشوا في بيئة قضائية ، فإن هذا الامتزاج لا شك أحدث أكبر الأثر في تهذيب كل من الفقه والقضاء .

### ١٣٢ — الفقه والقضاء في قانون الأحوال الشخصية :

بالرغم من أن الفقه والقضاء كان لهما أثر كبير في تكوين الشريعة الإسلامية ، شريعة الأحوال الشخصية ، فإنهما الآن في مصر ليسا الا مصدرين تفسيريين ، وليست لهما الأهمية ثانوية حتى بهذا الاعتبار .

أما قضاء المحاكم الشرعية فليس من شأنه الا أن يطبق أحكام الشريعة الإسلامية على الأقضية التي تعرض لهذه المحاكم . والقضاة الشرعيون مقلدون — عنا مسائل معينة مذكورة في نصوص تشريعية — بأن يأخذوا بأرجح الأقوال من المذهب الحق . فهم مقلدون لا مجتهدون ، ومقلدون في مذهب واحد ، وفي قول من هذا المذهب فلا عجب اذا لم يكن للقضاء الشرعي أثر كبير في التهوض بالشريعة الإسلامية ، والأخذ بها في طريق التطور ، حتى تماشى مقتضيات المدنية الحاضرة <sup>(١)</sup> .

أما الفقه الشرعي فهو بيد بعد القضاء عن التأثير في الشريعة الإسلامية . وقضاء الشريعة الإسلامية في مصر في العصر الحاضر كلهم مقلدون ، وان كان عند البعض نزعة الى الاجتهاد . وأمام هذا الفريق الأخير هو الأستاذ الامام المرحوم الشيخ محمد عبده ، فقد كان لمؤلفاته وفتاواه الحرة للطائفة لروح العصر أثر كبير في تنبيه الفقهاء الى وجوب

(١) وتجميع مجلة المحاماة الشرعية احكام القضاء الشرعي من عهد غير بعيد .

فتفتح باب الاجتهاد من جديد . على ان أحدا من الفقهاء المعاصرين لا يكاد يجرؤ أن ينسب الى نفسه الاجتهاد ، مما اشتدت نزعته الى ذلك ، لا تأصل في فكرة جمهور الفقهاء من أن باب الاجتهاد قد أقفل الى الأبد ، وفي هذا من الجود على القديم ما نهى الله عنه ، وما لا يتفق مع سنة التطور التي يخضع لها القانون .

ولبعض فقهاء الشريعة الاسلامية فضل كبير في كتابة بعض أبواب الفقه الاسلامي ملخصا في أسلوب عصري ، قريب التناول ، سهل الفهم على جمهور المتعلمين . وقد مهدت هذه الكتب والرسائل والمقالات لدراسة الشريعة الاسلامية في المعاهد الأزهرية ، وكثيرا ما يستعان بها في المحاكم عند الرجوع الى أحكام الشريعة الاسلامية في الأحوال الشخصية والمعاملات والوقف . وقد قنن المرحوم قلدرى باشا هذه الأحكام ، واستعان في ذلك بجهود بعض الفقهاء . وكانت هتئيناته هذه هي الأساس الذي بنى عليه الفقهاء الذين تقدمت الاشارة اليهم أكثر ما كتبوه ، فكانت قووم التقنينات عندهم مقام النصوص التشريعية . وتدع جهود فقهاء المهنود والمستشرقين ، فهي غير محسوبة ضمن الحركة الفقهية في مصر . ويلاحظ أن بعض الجهود الفقهية التي أشرنا اليها صدرت من علماء غير مختصين في الفقه الاسلامي كالمرحوم قلدرى باشا ، والبعض الآخر صدر من مختصين . ولكنهم تخرجوا من معاهد غير الأزهر . أما للمعهد الأزهرى فله أن يفخر بأن يكون الأستاذ الامام وتلاميذه الاعلام من متخرجيه ، على انه يحمل في عتقه أمانة هذه الشريعة المحمدية وعليه أن يضطلع بهذه المسئولية الخطيرة في الجيل الحاضر كما اضطلع بها في الأجيال الماضية .

## الباب الثالث

### فروع القانون

١٣٣ - تقسيم القانون الى قانون دولي وقانونه داخلي :

ينقسم القانون اقساماً أولياً الى قانون دولي (droit international) وقانون داخلي (droit interne) .

فالقانون الدولي ينظم الروابط الاجتماعية فيما بين أكثر من دولة القانون الدولي  
واحدة . والقانون الداخلي ينظم هذه الروابط داخل دولة واحدة . القانون الداخلي

## الفصل الأول

### القانون الدولي

١٣٤ - تقسيم القانون الدولي الى عام وخاص :

وينقسم القانون الدولي بدوره ، الى قانون دولي عام ،  
(droit international public) وقانون دولي خاص (droit international privé )

فالقانون الدولي العام ينظم الروابط العامة ما بين دولة وأخرى . القانون الدولي العام  
والقانون الدولي الخاص ينظم الروابط الخاصة ما بين الأفراد المنتمين الى القانون الدولي الخاص  
دول مختلفة .

## الفرع الأول

### القانون الدولي العام

#### ١٣٥ - مسائل القانون الدولي العام :

قدمنا أن القانون الدولي العام ينظم الروابط العامة ما بين الدول <sup>(١)</sup>. ولما كان لكل دولة سلطانها المستقل ، وكان لابد لكل دولة أن تتصل بالأخرى ، فالملاقات التي تنشأ ما بين هذه الدول المستقلة لابد أن تنظم ، والقانون الدولي العام هو الذي يتولى تنظيمها .

قانون السلم

فحقوق الدولة في السلطان ، وفي البقاء ، وفي المساواة ، وفي الملكية ، وفي القضاء ، كل هذه ينظمها القانون الدولي العام . كذلك ينظم هذا القانون ما يجري بين الدول من تعامل بطريق التمثيل السياسي والتمثيل القنصلي ، وما يتم بينها من معاهدات واتفاقيات ، وما تتبعه من وسائل لفض النزاع ما بينها بالطرق الودية كالمفاوضات والتحكيم . وهذه هي الروابط الدولية وقت السلم ، ولذلك سميت القواعد التي تنظم هذه الروابط بقانون السلم .

قانون الحرب والحياد

فاذا ما نشبت الحرب بين دولة وأخرى ، فالملاقات ما بين الدولتين للتحاربين ، من كيفية اعلان الحرب والأسلحة التي يجوز استعمالها ومعاملة الأسرى والمفاوضة أثناء الحرب وطرق انتهاء الحرب وغير ذلك ، ينظمها قانون الحرب أما الدول الأخرى التي لا تدخل الحرب فتكون علاقاتها

---

(١) وتزى أن يدخل أيضاً في دائرة القوانين الدولي العام القواعد التي تنظم الروابط ما بين الأفراد المقيمين في دولة معينة وبين دولة أخرى أجنبية عن الأولى باعتبارها سلطة عامة ، وهذا ما يسر عنه طادة بمحقوق الأجانب في الدولة .

بالولتين المتحاربتين علاقة حياد ، وعلاقة الحياد هذه ، وما يتفرغ عنها من جواز ضبط للهربات الحربية والحصار البحري وغير ذلك ، ينظمها قانون الحياد .

الميثاق الدولي  
الكبرى

وقد تمخضت الحرب الكبرى عن هيئات دولية جديدة ، أهمها عصبة الأمم ومحكمة المدل الدائمة ونظام العمل الدولي فتشكيل هذه الهيئات واختصاصاتها والاجراءات التي تتبعها في القيام بهذه الاختصاصات ، كل هذا يدخل ضمن قواعد القانون الدولي العام .

#### ١٣٦ - مصادر القانون الدولي العام :

ولا يزال القانون الدولي العام في المراحل الأولى من نموه وتطوره . وهو يذ كرنا في حالته الراهنة بما كان عليه القانون الداخلي في الأزمان السابقة من قص في وسائل تنفيذه وأخذ الناس بأحكامه . فهو اليوم ، كما كان القانون الداخلي بالأمس ، يقوم على المعاهدات ، أي على ما ارتضته الدول ضمناً بحكم العرف ، أو صراحة بحكم الاتفاق . وقد أخذ الفقه والقضاء يكونان مصدرين له . أما الفقه فقد بدأ منذ القرن السابع عشر . وقد رأينا كيف أن جروسيوس ( Grotius ) الفقيه الهولندي المعروف هو الذي أسس القانون الدولي الحديث على مبادئ القانون الطبيعي ، وتمتعت بسند قهاء القانون الدولي يبسطون أصوله ويقررون أحكامه . أما القضاء فقد أخذ يتفقل في القانون الدولي في العصر الحاضر من طريق التحكيم ، الذي بدأ يكون اختيارياً ، وهو يتطور الآن ليكون اجبارياً ، وعهد بتأدية العدالة الدولية الى هيئات وقتية ، تطورت بعد ذلك الى هيئات دائمة ومحاكم ، وقد وقع تطور نظير ذلك في العدالة داخل الدولة .

فالقانون الدولي يسير في الطريق الذي سلكه القانون الداخلي .

ولا يزال القانون الدولي ينقصه شيان جوهريان توافرا للقانون الداخلي .

الشيء الأول هو وجود هيئة تشريعية دولية ، تسن قوانين تنظم الدول .

عدم وجود أجزاء  
تشريعية دولية

وهذه الهيئة التشريعية الدولية لم توجد حتى الآن ، ولا نستطيع أن نلتصمها

في عصبة الأمم . فهذه العصبة ليست دولة فوق الدول ، بل هي مؤتمر

دائم يجتمع فيه الدول في شيء من التنظيم والاضطراد ، يكلفه تشكيل

هيئات دأمة لهذا المؤتمر . مع بقاء الانضمام الى عصبة الأمم والخروج منها

اختياري موكول الى ارادة الدول أعضاء هذه العصبة . وهي اذا انضمت

لا تلتزم بتشريع تسنه العصبة الا اذا رضيت به وأخذ شكل معاهدة أو

اتفاقية . والشيء الثاني هو عدم وجود جزاء تطبقه سلطة عليا على الدول التي

عدم وجود هيئة

تخرق القواعد الملزمة من القانون الدولي . وذلك انه لا توجد قوة دولية

تقوم بتنفيذ ما يقرره القانون الدولي من الأحكام حتى ما ارتضته الدول

من هذه الاحكام بطريق للماهدات والاتفاقيات . واذا كان عهد العصبة

قد قرر ضروباً من العقوبات الاقتصادية والعسكرية على من يخالف هذا

الهد فان هذه العقوبات لا توقعها سلطة دولية ، بل توقعها كل دولة محتفظة

بكامل سلطاتها .

على أنه اذا استمر تطور القانون الدولي ، وبقى مضطرباً الى حد

انتقال القانون الدولي  
الى قانون دستوري

الوصول الى الهيئة التشريعية الدولية والى السلطة الدولية التي توقع الجزاء ،

فالقانون الدولي في ذلك الوقت لا يبقى دولياً ، اذ تكون الدول قد اندمجت

في ضرب من الوحدة ، وأصبح القانون الذي ينظم ما بينها من روابط قانوناً

دستورياً لا قانوناً دولياً .



## الفرع الأول

### القانون الدولي الخاص

#### ١٣٧ - مسائل القانون الدولي الخاص

قدعنا أن القانون الدولي الخاص ينظم الروابط الخاصة ما بين الأفراد  
المتنمين الى دول مختلفة والأدق أن نقول ان كل قضية تثير احتكاكا  
ما بين قضاء دولتين أو قانون دولتين ، فيقتضى الأمر أن نحدد أى قضاء  
هو المختص وأى قانون هو الواجب التطبيق ، تدخل فى دائرة القانون  
الدولي الخاص ، حتى لو كان الخصوم ينتمون جميعا الى دولة واحدة .

فأية قضية تشتمل على عنصر أجنبي قد تثير مسألة من مسائل  
القانون الدولي الخاص . والكثير من القضايا لا تشتمل على عنصر  
أجنبي فلا تثار فيها قواعد القانون الدولي الخاص . مثل ذلك مصرى  
يرهن لمصرى آخر أرضا فى مصر مملوكة له ، فأى نزاع يقوم بشأن  
هذا الرهن يعرض على محكمة مصرية ، ويطبق فيه القانون للمصرى ، لكن  
إذا فرض ان الأرض المرهونة ليست فى مصر بل فى فرنسا ، وهى مملوكة  
لفرنسى رهنها لمصرى فى مصر ، وقام نزاع بشأن هذا الرهن فهل يرفع هذا  
النزاع أمام محكمة مصرية ، هذا هو السؤال الأول ، ثم اذا قلنا يجوز رفع  
النزاع امام محكمة مصرية ، حتى ان نعرف أى قانون تطبقه المحكمة للمصرية  
على هذا النزاع ، انطبق القانون للمصرى باعتباره قانونها أو باعتباره قانون  
أحد الخصمين ، ام تطبق القانون الفرنسى باعتباره قانون الخصم الآخر أو  
باعتباره قانون محل المقار ؟ هذا هو السؤال الثانى .<sup>(١)</sup>

(١) ولو فرض أن كلامنا الرامن ، والمرتهن مصرى ، ولكن الأرض المرهونة  
فى فرنسا ، فتتازع الاختصاص وتتازع القوانين باق على حاله كما فى النزل المقدم ،  
ولو أن الخصمين ينتميان الى دولة واحدة ، لأن للقضية دخل فيها عنصر أجنبي =

والقانون الدولي الخاص هو الذى يجيب على كل من السؤالين ،  
فيحدد عند تنازع الاختصاص المحكة المختصة ، ويحدد عند تنازع  
القوانين القانون الواجب التطبيق،

تنازع الاختصاص

أما تنازع الاختصاص فن الأثلة عليه ما يأتى : انجليزى احترف  
التجارة فى مصر ثم افلس ، وأعلنت محكمة مصرية افلاسه ، رجع الانجليزى  
بعد ذلك الى انجلترا وثار نزاع بينه وبين أحد دائتبه عرض على محكمة  
انجليزية . فهذه المحكمة ثبت أولا فيما اذا كانت المحكمة للمصرية التى أعلنت  
الافلاس مختصة فى نظرها باعلان افلاس هذا التاجر . مثل آخر : لنفرض  
ان انجليزيا فى فرنسا رفع دعوى طلاق على امرأته امام محكمة فرنسية .  
فحكمت له بالطلاق ، وذهب الى انجلترا بعد ذلك وتزوج من أخرى . ثم  
ثار نزاع بينه وبين مطلقة فى صحة الطلاق ، وعرض النزاع على محكمة  
انجليزية ، فهذه المحكمة ثبت أولا فيما اذا كانت المحكمة الفرنسية التى حكمت  
بالطلاق مختصة بهذا الحكم فى نظرها .

تنازع القوانين

أما تنازع القوانين فيعرض فى الثلثين المتقدمين : فى المثل الأول  
عند ما تعلن المحكمة المصرية افلاس التاجر الانجليزى ، أى القانونين تطبق ،  
القانون الانجليزى أم القانون المصرى ؟ وفى المثل الثانى عند ما تقضى  
المحكمة الفرنسية بالطلاق هل تطبق فى قضائها هذا القانون الفرنسى وهو  
قانون المحكمة أو القانون الانجليزى وهو قانون الزوجية ؟

ومن القواعد المتفق عليها فى القانون الدولي الخاص ما يأتى :

(١) الشكل يطبق فيه قانون محل مثل ذلك مصرى كتب وصية

الشكل

= ( هو وجود الأرض المرمومة فى فرنسا ) أوجب احتكاكا ما بين القضاء والقانون  
فى دولتين ، دولة مصر التى ينتمى اليها الخصم ودولة فرنسا التى توجد بها الأرض  
المرمومة .

في فرنسا . ثم عرض أمر صحة الوصية على محكمة مصرية فالمحكمة المصرية تعتبر الوصية صحيحة من حيث الشكل اذا توافرت فيها الشروط الشكلية التي يطلبها القانون الفرنسي وهو قانون المحل الذي كتبت فيه الوصية .

( ٢ ) في الأحوال الشخصية يطبق قانون الجنسية في بعض الدول ، وقانون الوطن في البعض الآخر . مثل ذلك مصرى مسلم رفع دعوى طلاق امرأته أمام محكمة فرنسية . فالمحكمة الفرنسية تطبق في هذه الدعوى الشريعة الاسلامية . قانون جنسية الزوجين .

( ٣ ) في العقار يطبق قانون محل العقار . مثل ذلك عقار في فرنسا يملكه مصرى ورهنه . وعرض نزاع بشأن الرهن أمام محكمة مصرية . فالمحكمة المصرية تطبق القانون الفرنسي . وهو قانون محل العقار .

### ١٣٨ - طبيعة قواعد القانون الدولي الخاص والفرق بينها وبين القانون الدولي العام :

وتبين مما تقدم أن قواعد القانون الدولي الخاص هي في الواقع من الأمر قوانين داخلية لا دولية . فكل دولة لها قواعدها ، تطبقها محاكم هذه الدولة كما تطبق أى قانون داخلي آخر . وتستمد هذه القواعد من التشريع أو من القضاء أو من الفقه أو من أى مصدر آخر من المصادر المعروفة للقانون .

الفرق بين القانون الدولي العام والقانون الدولي الخاص

ويتضح من ذلك أن هناك فرقا جوهريا بين قواعد القانون الدولي الخاص وقواعد الدولي العام ، فالأولى قوانين داخلية كما قدمناه ، تطبقها المحاكم الداخلية . وقد يكون مصدرها التشريع ، ولها جزاء بخلاف قواعد القانون الدولي العام فقد رأينا أن لها محاكم دولية تطبقها ولا مصدر لها من

التشريع ، وليس لها جزاء .

على أن هناك نزعة واضحة ترمي الى توحيد قانون النولى الخاص عند جميع الدول أما بتوحيد التشريع أو بمقتضى اتفاقيات وفى الحالة الأخيرة تكسب قواعد القانون النولى الخاص صبغة دولية ، لا من حيث طبيعتها فحسب باعتبارها قواعد تنظم روابط ذات صبغة دولية ، بل من حيث مصدرها أيضا اذ تصير قواعد تستمد قوتها من المعاهدات الدولية .

النزعة الى توحيد  
قواعد القانون  
النولى الخاص

## الفصل الثانى

### القانونه الرافلى

١٣٩ - تقسيم القانونه الرافلى الى خاص وعام :

وينقسم القانون الداخلى كما ينقسم القانون الدولى الى قانون عام  
(Droit public) وقانون خاص (Droit privé) .

القانون العام

فالقانون العام ينظم الشؤون الداخلية للدولة والسلطات العامة التى  
تشتمل عليها وعلاقة الأفراد بها . والقانون الخاص ينظم الروابط الخاصة  
ما بين الأفراد داخل الدولة .

القانون الخاص

## الفرع الاول

### القانونه العام

١٤٠ - أقسام القانونه العام :

ويشتمل القانون العام على الأقسام الآتية :

١ - القانون الدستورى (droit constitutionnel) وهو القانون

القانون الدستورى

الذى يقرر حقوق الفرد في الدولة ويحدد شكل الدولة وينظم سلطاتها العامة ويبين علاقات هذه السلطات بعضها مع البعض الآخر وعلاقتها مع الأفراد .

٢ - القانون الادارى (droit administratif) وهو فرع من القانون الادارى يقتصر من السلطات العامة على السلطات الادارية ، فيبين النظم التى تقوم عليها ويحدد علاقتها مع السلطات الأخرى وعلاقتها مع الأفراد .

٣ - القانون المالى (droit financier) وهو فرع من القانون الادارى ويقتصر من السلطة الادارية على الناحية المالية منها فيبين نظام ميزانية الدولة ودخلها من ضرائب وممتلكات خاصة وخدم تؤديها وقروض ، وخرجها من ضروب الصرف على المرافق العامة .

٤ - القانون الجنائى أو قانون العقوبات (droit penal) ويبين الجرائم المعاقب عليها في الدولة وقدر العقوبة في كل جريمة فهو يحدد علاقة الفرد بالدولة من ناحية الأعمال للنهى عنها والتى اذا ارتكبها الفرد اعتبر خارجا عن المجموع واستحق العقاب .

٥ - قانون الاجراءات الجنائية (droit de procedure penale) قانون الاجراءات الجنائية وهو فرع من القانون الجنائى ويبين الاجراءات التى تتبع لتطبيق أحكام القانون الجنائى كاجراءات التحقيق مع المتهم واحالته على المحكمة واجراءات محاكمته والأحكام الجنائية وطرق الطعن فيها وكيفية تنفيذها .  
وهنا نحن نستعرض كل قسم من هذه الأقسام فى ايجاز تام .

## المبحث الاول

### القانون الدستوري

#### ١٤١ - مسائل القانون الدستوري

قلنا أن الدستور يحدد شكل الدولة وينظم سلطاتها العامة ويبين علاقات هذه السلطات بعضها مع البعض الآخر، وعلاقتها مع الأفراد، وحقوق الفرد في الدولة<sup>(١)</sup>. فالحديث للمسائل التي يبحثها القانون الدستوري هي حقوق الفرد في الدولة.

حقوق الفرد

وقد قامت الديمقراطية الحديثة على أن الفرد له حقان جوهريان : الحرية والمساواة . والحرية تشمل على الحرية الشخصية وحرية التملك وحرمة المسكن وحرية الرأي وحرية الدين وحرية الاجتماع وحرية التعليم . والمساواة تتضمن المساواة أمام القضاء والمساواة في التوظيف والمساواة أمام التكاليف العامة .

شكل الدولة

ثم يبحث القانون الدستوري عناصر الدولة الأربعة ( وهي جماعة من الناس وإقليم وتنظيم وسلطان ) وشكل الدولة من نواح مختلفة ( ملكية وجمهورية . استبدادية وديمقراطية ودكتاتورية برلمانية وغير برلمانية ، بسيطة وعهدية الخ ) .

السلطات العامة

ثم يحدد القانون الدستوري السلطات العامة التي تتألف منها الدولة ، وهي السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية والسلطة القضائية ، ويبين كيف تتألف كل سلطة منها والأعمال التي تقوم بها والصلاحيات التي بين كل سلطة وأخرى ، وعلاقة كل سلطة بالأفراد .

(١) ونرى أن يدخل في دائرة القانون الدستوري القواعد التي تحدد الشروط الواجب توافرها في الأفراد حتى يتنموا الى دولة معينة ، وهذا ما يبرره عادة بقانون الجنسية .

ويلاحظ أن القانون الدستوري بالتحديد للتقدم يتسع حتى يندمج فيه القانون الإداري والقانون المالي والنظام القضائي . إلا أن المادة قد جرت أن تفصل هذه الفروع عن القانون الدستوري ويختص كل فرع منها بأبحاث خاصة مستقلة تسهلا للدوس .

## المبحث الثاني

### القانون الإداري والقانون المالي

#### ١٤٢ - مسائل القانون الإداري والقانون المالي

يتناول القانون الإداري تنظيم السلطة التنفيذية كما قدمنا . ومن الممكن أن ننظر إلى السلطة التنفيذية نظرتين : النظرة الأولى نظرة إلى شيء ثابت لا يتحرك ، فيحلل إلى عوامله الأولى ويحدد لكل عامل ما يقوم به من الوظائف (le point de vue statique) والنظرة الثانية نظرة إلى شيء يتحرك ويعمل ، فتبين الوسائل التي يتنوع بها في العمل (le point de vue dynamique) وبحسب النظرة الأولى ، تحدد الهيئات الإدارية ، وهي الدولة في القمة ، ويلها الهيئات الإقليمية ، ثم المجالس البلدية والمحلية والقروية ، ثم المؤسسات العامة . وكل هيئة من هذه الهيئات لها وظائف تقوم بها ، ومرافق عامة تتولى إدارتها . ثم هناك وظائفها طريقتان للإدارة : طريق المركزية centralisation ، وبمقتضاها تتركز الإدارة في يد الدولة ، ولا تعطى للهيئات الإقليمية ولا للمجالس البلدية إلا قسط ضئيل من الاستقلال الذاتي ، وطريق اللامركزية decentralisation وبمقتضاها تتخلى الدولة عن كثير من شؤون الإدارة المحلية للهيئات الإقليمية والمجالس البلدية ، فتتبع هذه بقسط كبير من الذاتية الإدارية .

وبحسب النظرة الثانية ، تعمل الادارة من طريق موظفيها :  
وهؤلاء عند ما يقومون بواجباتهم توصف أعمالهم بأنها أعمال ادارية ،  
وتستعين الدولة في القيام بواجباتها بالأموال العامة . فهناك مسائل ثلاث :  
( ١ ) للوظفون ، والقواعد التي تنظم علاقتهم بالدولة ، وهل هذه العلاقة  
مدنية أو قانونية ، وكيف يعينون وكيف يقالون ويستقبلون ، وكيف  
يحكمون ، وما هي مسؤوليتهم تجاه الدولة ، ومسؤوليتهم تجاه الأفراد ،  
ومسؤولية الدولة عنهم تجاه الأفراد ، وغير ذلك من القواعد الخاصة  
بالوظائف وبالوظفنين . ( ٢ ) الأعمال الادارية ، وما هي طبيعة هذه  
الأعمال ، وكيف يميز بينها وبين أعمال السلطات الأخرى ، وما هي  
ضروب الرقابة عليها ، وبخاصة الرقابة القضائية ، وغير ذلك من الشؤون  
المتعلقة بالأعمال الادارية . ( ٣ ) الأملاك العامة وكيف تحدد ، وما هي  
مميزاتها ، ولأى نظام قانوني تخضع من ناحية التملك والانتفاع ، وما الى  
ذلك من النظم التي تتبع في الأملاك العامة .

الوظفون

الاعمال الادارية

الاملاك العامة

الضرائب

أجور الخدمات

غلة الاموال الخاصة

القروض

المصادر

هذه هي مسائل القانون الادارى . أما مسائل القانون المالى فيمكن  
حصرها في ميزانية الدولة وهذه تنقسم الى دخل وخرج . والدخل له موارد  
متنوعة ؛ أهمها الضرائب بمختلف أنواعها ، ثم ما يتقاضاه الدولة أجرا عن  
خدمات تؤديها ، ثم ما تستولى عليه من غلة لأموالها الخاصة التي تملكها  
تلك الأفراد لأموالهم ، ثم القروض اذا لجأت لها الدولة لسد عجز في ميزانيتها  
أو لاستغلال مرفق من المرافق العامة التي تقوم بإدارتها . وأهم هذه المرافق  
الامن العام والصحة والقضاء والتعليم والشؤون الاقتصادية .



## المبحث الثالث

### قانون العقوبات

#### وقانون تحقيق الجنايات

#### ١٤٣ - مسائل قانون العقوبات وقانون تحقيق الجنايات

قدمنا ان قانون العقوبات يتناول تحديد الأعمال للنهي عنها اذ فيها خروج على المجتمع وتحديد الجزاء الذى يوقع على من يأتى هذه الأعمال .

فهو أولاً يحدد قواعد للمسئولية الجنائية ، ويبين أركان الجريمة ، ثم يتناول الجرائم واحدة بعد أخرى طبقاً لتقسيم منطقي يتوخاه ، فيحدد أركان كل جريمة ، والشروط الواجب توافرها حتى تقع الجريمة . وهو ثانياً يحدد عقوبة لكل جريمة وهى فى الغالب عقوبة ذات حدين ؛ حد أعلى لا يجاوزه القاضى ، وحد أدنى لا ينزل عنه .

والجرائم بوجه عام يمكن تقسيمها الى جرائم تقع على البؤلة مباشرة ، والجرائم التى تقع على الأفراد  
كالجرائم المخلة بأمن الحكومة الداخلى أو الخارجى ، وجرائم التمرد والمصيان ، والجماعات والمطبوعات المضرّة بالأمن العام ، والرشوة ، وتزيف المسكوكات . وجرائم تقع على الأفراد مباشرة ( وتقع على المجتمع بطريق غير مباشر ) ، منها الجرائم التى تقع على النفس ، كالقتل والجرح والضرب ، والجرائم التى تقع على المال ؛ كالسرقة والنصب وخيانة الأمانة . والجرائم التى تقع على العرض ؛ كالوطء وهتك العرض والزنا والتحرّض على الفسق والفجور والقذف والسب .

أما قانون تحقيق الجنايات فيبين الاجراءات الواجب اتباعها لتطبيق أحكام قانون العقوبات . فاذا وقعت جريمة وجب القيام بالتحقيق . فهاهى التحقيق

السلطة التي تقوم بالتحقيق ؟ وما هو مدى اختصاصها ؟ وكيف تقوم  
 بالتحقيق ومتى تقبض على المتهم ومتى تقش منزله ، ومتى تجسسه جيسا  
 احتياطيا ، وكيف يحيله على المحكمة الجنائية اذا جمعت أدلة الادانة . ثم  
 اذا أحيل للتهمة الى المحكمة ، فكيف يحاكم ؟ وما هي القواعد التي تخضع  
 لها الدعوى العمومية منفردة أو مجتمعة مع الدعوى المدنية ، وما هي  
 اختصاصات النيابة العمومية ان وجدت والقواعد التي تخضع لها ، وما هي  
 الاجراءات التي تتبع في المحاكم الجنائية من نحو سماع الشهود وأقوال للتهمة  
 واستحضار الخبراء والانتقال الى محل الواقعة ان وجدت ضرورة لذلك  
 وسماع أقوال النيابة وأقوال الدفاع . ثم اذا صدر الحكم بادانة المتهم ،  
 فما هي طرق الطعن في هذا الحكم ، من معارضة واستئناف وقض . ثم اذا  
 أصبح الحكم نهائيا ، فكيف ينفذ . هذه هي المسائل التي يتناولها قانون  
 تحقيق الجنايات ذكرناها اجمالا .

المحاكمة

الحكم

التنفيذ

## الفرع الثاني

### القانون الخاص

١٤٤ - أقسام القانون الخاص :

وينقسم القانون الخاص الى ما يأتي :

- (١) القانون المدني (droit civil) ، وهو أساس القانون الخاص ،  
 واليه ترجع أحكام هذا القانون بوجه عام . ويقوم بتنظيم الروابط الخاصة  
 ما بين الأفراد بعضها البعض الآخر في المجتمع .

القانون المدني

- (٢) القانون التجاري (droit commercial) ويتخصص في جانبيه  
 من الحياة المدنية هي الحياة التجارية . فهو يحدد القواعد التي تنظم التجارة

القانون التجاري

والتجار في نشاطهم التجارى .

القانون البحرى (droit maritime) ، ويشخص في جانب من القانون البحرى الحياة التجارية ، هى التجارة البحرية . فهو يحدد القواعد التى تنظم التجارة فى البحار . ومن ذلك نرى أن القانون التجارى جزء من القانون المدنى ، والقانون البحرى جزء من القانون التجارى .

(٤) قانون للراضات المدنية والتجارية (droit de procedure civile et commerciale) قانون الراضات وينظم الاجراءات التى يجب اتباعها لتطبيق أحكام القانون المدنى والقانون التجارى .

## المبحث الاول

### القانون المدنى

١٤٥ - تمهيد :

تقف قليلا عند القانون المدنى ، فهو أساس القانون الخاص كما قلنا . فنقول كلمة فى قسماته ومسائله .

## المطلب الاول

### موضوعات القانون المدنى

١٤٦ - تقسيم القانون المدنى الى قانونه الاموال الشخصية

وقانونه المعاصرات :

القانون المدنى ينظر الى الفرد ، وينظر اليه باعتبارين : ( أولا ) باعتباره عضواً فى أسرة ، فتتظم الروابط التى تربطه بهذه الأسرة يدخل فى

دائرة قانون الأحوال الشخصية . (ثانياً) باعتباره عضواً في المجتمع من حيث نشاطه المالي ، وتنظيم الروابط التي تربطه بأفراد المجتمع من هذه الناحية يدخل في دائرة قانون المعاملات . وتتناول كلا من الدائرتين بحث وجيز .

### ١ - قانون الأحوال الشخصية

#### ١٤٧ - تحديد دائرة الأحوال الشخصية :

يمكن تحديد دائرة الأحوال الشخصية بأنها المائرة التي تشتمل على شيئين (أولاً) تحديد شخصية الفرد من الناحية القانونية (ثانياً) تنظيم روابط الفرد بأسرته .

#### ١٤٨ - تحديد الشخصية :

تتولد للفرد الشخصية من الناحية القانونية منذ يكون جنيناً . فالجنين له أهلية وجوب ناقصة ، اذ يرث ويوصى له ويوقف عليه ، وهذا كله مشروط بأن يولد حياً . فاذا ما ولد مكملت عنده أهلية الوجوب ، ويصبح أهلاً للتمتع بكل الحقوق . ولكنه يكون عديم التمييز . والتمييز هو المحرور الذي تركز عليه أهلية الأداء . ويبقى الطفل معدوم أهلية الأداء حتى يصل الى سن التمييز ، فتوافر عنده أهلية اداء ناقصة ، ويستطيع أن يستعمل حقوقه فيما ينفعه شعماً محضاً ، ولا يستطيع أن يستعمل هذه الحقوق فيما يضره ضرراً محضاً ، ويستعملها عنه وليه أو وصيه فيما هو دائر بين النفع والضرر . فاذا ما وصل الى سن الرشد مكملت عنده أهلية الأداء ، واستطاع أن يستعمل كل حقوقه . الا اذا لحقه عارض من عوارض الأهلية ، وعوارض الأهلية الجنون والعمه والنفلة والسفه ،

أهلية الوجوب

أهلية الاداء

فيجبر عليه ، وينصب له قيم ، فأهلية الوجوب وأهلية الأداء ، ومراحل الأهلية المتعاقبة ، وسن التمييز وسن الرشد ، والحجر ، والولاية والوصاية والقوامة . كل هذه مسائل تدخل في دائرة الأحوال الشخصية <sup>(١)</sup> .

#### ١٤٩ - روابط الفرد بالأسرة :

وتشمل دائرة الأحوال الشخصية أيضاً تنظيم روابط الفرد بأسرته كما قدمنا . والفرد منذ يولد ينتمي الى أسرة معينة . وهنا تعرض مسائل النسب ، وكيف تثبت البتوة الشرعية . فإذا ما ثبت نسب الولد لأبيه ، انزم الأب بالاتفاق عليه . وللولد حقوق في الرضاع والحضانة حتى يبلغ أشده ، ثم يتزوج . فقد الزوج وما يتجمع حوله من مسائل ( تكوين العقد وشروطه وما يترتب عليه من التزامات في جانب كل من الزوجين ، والمهر والنفقة ، وفرق النكاح من طلاق وخلع وفسخ ، وما يستتبع ذلك من عدة ، وغير ذلك من مسائل الزوجية المعروفة ) ، كل هذا ، الى جانب النسب وقفة الأقارب والرضاع والحضانة ، يدخل في دائرة الأحوال الشخصية .

ويدخل في دائرة الأحوال الشخصية أيضاً الميراث ، إذ ينظم كيف يوزع مال الشخص بعد موته على أفراد أسرته ، بهذا الاعتبار فالميراث يحدد من هذه الناحية علاقة الفرد بأسرته . ويلحق بالميراث الوصية ، ويلحق بالوصية الهبة ، وكذلك الوقف ، هذه هي أمهات مسائل الأحوال

(١) كل ما قمتنا يدور حول الشخصية الطبيعية . وتوجد الشخصية المنوطة أو القانونية ( personnalité juridique ) الى جانب الشخصية الطبيعية . فيعطى للقانون لمجموعة من الأفراد ، أو مجموعة من المال ، الشخصية المنوطة ، وتستطيع هذه المجموعة بمقتضاها أن تعيش من الناحية القانونية عيشة للشخص الطبيعي ، تمتلك ، وتتقاع ، ومتقاضى الخ الخ . .

الشخصية اقتصرنا على استعراضها استعراضاً سريعاً .

## ب - قانون المعاملات

### ١٥٠ - سلطة الشخص على المال :

ويمكن أن نركز قانون المعاملات في سلطة الشخص على المال .  
فيجب أولاً تعريف المال ، ثم تقسيمه الى أقسام متنوعة ، عقار ومنقول ،  
مئلي وقيمي ، قابل للاستهلاك وغير قابل للاستهلاك ، مادي ومعنوي ،  
ملك ووقف ومباح وعام الخ . . .

قسم المال

ثم ان الشخص يتسلط على المال اما بطريق مباشر ، بأن يخول له  
القانون سلطة معينة على شيء معين ، وهذا هو الحق العيني (droit réel) ،  
أو بطريق غير مباشر ، بأن يرتب التزاماً ذا قيمة مالية له في ذمة شخص  
آخر ، وهذا هو الحق الشخصي (droit personnel) .

الحق البيني والحق  
الشخصي

قانون المعاملات ينقسم اذن الى قسمين رئيسيين : قسم الحقوق  
العينية وقسم الحقوق الشخصية .

وسنعرض لكل من هذين القسمين في شيء من التفصيل في مدخل  
القانون المدني .

## المبحث الثاني

### القانون التجاري والقانون البحري

### ١٥١ - مسائل القانون التجاري والقانون البحري :

قدمنا أن القانون التجاري يتخصص من الحياة المدنية في ناحيته  
التجارة . فيضع القواعد التي تنظم حياة التاجر في نشاطه التجاري ، من

القانون التجاري

دفاتر وسجلات وأعمال تجارية ، وشركات على مختلف أنواعها ، وقطل تجارى ، ومسمرة وعمولة ، وأوراق تجارية ( كبيانات وسندات تحت الاذن وشيكات ) وينتهى القانون التجارى بفصل ينظم الافلاس .

القانون البحرى .  
والقانون البحرى يتخصص من التجارة فى ناحية التجارة البحرية .  
ويتركز فى السفينة ، فينظم الحقوق التى تترتب عليها ، والعقود التى تكون بحملها ، وعلاقة الربان بصاحب السفينة وبالملاحين ، وعقد الشحن ، وعقد النقل البحرى ، والقرض البحرى ، والتأمين على السفن والبضائع ، والخسارات البحرية الخ .

## المبحث الثالث

قانونه المرافعات المدنية والتجارية

١٥٢ - مسائل قانونه المرافعات :

قدمنا أن قانون المرافعات يضع الاجراءات الواجب اتباعها فى تشكيل المحاكم تطبيق أحكام القانون المدنى والقانون التجارى .

وأولى مسائل قانون المرافعات تشكيل المحاكم المدنية والتجارية الاستماء وبيان درجاتها واختصاص كل منها . ثم تتبع الدعوى من وقت رفعها الى تنفيذ الحكم فيها . فهناك أولا الاعلان ( عريضة الدعوى ) بوجه المدعى للمدعى عليه . ويحضر الخصمان فى اليوم المحدد لنظر الدعوى . ويطلب المدعى باثبات دعواه ، وطرق الاثبات مختلفة ، منها الكتابة وطرق الاشارة واليمين والخبرة ومعاينة محل النزاع . كالاجراءات التى تتبع فى تحقيق الكتابة والظعن بالتزوير فيها وسماع الشهود وتحليف اليمين وتعيين

الخبراء والانتقال الى محل النزاع ، كل هذا يدخل في دائرة قانون  
المرافعات . وقد يدفع للدعى عليه الدعوى ، وقد يغيب ، وقد يعترى  
الدعوى عوارض أثناء نظرها ، فكل هذه الأشياء ينظمها قانون المرافعات  
الحكم وطرق الطعن <sup>عليه</sup> ثم اذا صدر الحكم قد يكون قابلا للطعن فيه ، فطرق الطعن في الحكم  
من معارضة واستئناف وقض وغير ذلك يدخل أيضا في دائرة قانون  
المرافعات . ويدخل أخيرا في هذه النائرة تنفيذ الحكم عندما يصبح قابلا  
للتنفيذ . سواء كان التنفيذ على النقول أو على العقار .



انتهى مقدمة القانون

وسياتى الجزء الثانى

من مقدمة القانون المدنى

---



مقدمة  
القانون الملائني



## مقدمة

تعريف القانون المدني - تقسيماته الرئيسية

### ١ - تعريف القانون المدني :

قدمنا أن القانون المدني هو مجموعة القواعد التي تنظم الروابط الاجتماعية ما بين الأفراد بعضهم البعض الآخر ، دون نظر الى حرفة خاصة ، أو الى طائفة معينة .

فالقانون المدني هو على رأس فروع القانون الخاص ، وهو الأساس الذي تقوم عليه هذه الفروع . وهي فروع تنظم حرفة خاصة ، كالقانون التجاري ينظم حرفة التجارة ، أو طائفة معينة من الناس ، كقانون العمل ينظم طائفة العمال وعلاقتهم بطائفة الخدميين . أما القانون المدني فيرتفع عن هذه الخصوصيات ، وينظر الى جميع الأفراد بوجه عام ، فينظم علاقاتهم بعضهم البعض الآخر .

### ٢ - التقسيمات الرئيسية للقانون المدني :

ينظر القانون المدني الى الفرد باعتباره شخصا يتمتع بالحقوق وتترتب الاحوال الشخصية في ذمته الواجبات ، فيحدد الشخصية مبدأ ونهاية ، ويقرر للشخص أهليته (capacité) وحالته (état) أى مركزه في أسرته ، وينظم روابطه بأسرته وفقا لهذه الحالة . وهذا ما يسمى بقانون الأحوال الشخصية .

ثم ينظر الى الفرد من حيث سلطته على المال ، وعلاقته بالأفراد بالنسبة لهذا المال ، فتارة تكون له سلطة مباشرة على المال ، وهذا ما يسمى بالحق المينى (droit réel) وطورا تكون له سلطة غير مباشرة فيصل الى المال

من طريق شخص معين هو المدين ، وهذا ما يسمى بالحق الشخصى (droit de créance) . فالتانون الذى يحدد الحقوق العينية وطرق كسبها ، ويعرف الحقوق الشخصية ومصادرها وأحكامها ، هو قانون المعاملات المالية .

ومن ذلك نرى أن القانون المدنى ينقسم الى قسمين رئيسيين :  
قانون الأحوال الشخصية ، وقانون المعاملات المالية .  
ونعالج فيما يلى هذين القسمين على التوالى .

## القسم الاول الأحوال الشخصية

### ٣ - مسائل الاموال الشخصية :

سبق أن قررنا أن نطاق الأحوال الشخصية يتناول الشخصية فيحددها ، ثم الأسرة فيبين روابط الشخص بأسرته ، سواء كانت هذه الروابط شخصية أو مالية .

قانون الأحوال الشخصية ينقسم الى قسمين رئيسيين : الشخصية والأسرة . والشخصية إما أن تكون شخصية طبيعية ، أو شخصية معنوية . وروابط الأسرة إما أن تكون روابط شخصية ، وتشمل النسب والزواج ، وإما أن تكون روابط مالية ، وتشمل النفقة والميراث والوصية والمهبة والوقف .

ونتناول ، فى باين متعاقبين ، الكلام فى الشخصية وفى الأسرة .

الشخصية :  
طبيعية ومعنوية

روابط الأسرة :  
شخصية ومالية

## الباب الأول

### الشخصية

#### Personnalité

#### ٤ - الشخصية الطبيعية والشخصية المعنوية :

الأصل في الشخص أن يكون انسانا ، وهذا هو الشخص الطبيعي (personne physique) وقد تتجمع طائفة من الناس أو مجموعة من المال فتعتبر شخصا ، وهذا هو الشخص المعنوي (personne morale ou juridique) .

## الفصل الأول

### الشخص الطبيعي

#### ٥ - تحرير « الشخص » من الناحية القانونية :

الشخص ، من الناحية القانونية ، هو الكائن الذى يتمتع بالحقوق وتترتب في ذمته الواجبات .

ومن ذلك نرى أن « الشخص » و « الانسان » ليسا مترادفين .

فليس كل شخص انسانا . وقد رأينا أن طائفة من الناس ، بل مجموعة من المال ، قد تعتبر شخصا .

ولم يكن كل انسان شخصا . فقد كان الرقيق ، وهو انسان ، يعتبر شيئا لا شخصا . وكذلك تنكر الشخصية على بعض الناس ، في الشرائع التى تعترف بالرهينة وبالموت المدنى . فالراهب يتجرد عن الشخصية ، ويفنى في نظر القانون ، فيخرج عن ماله وأهليته . وكذلك المحكوم

ليس كل شخص  
الانسان

ليس كل انسان  
شخصا

عليه بالموت المدني ، وقد كانت هذه العقوبة مقررة في القانون الفرنسي حتى سنة ١٨٥٤ . فالمحكوم عليه بالاعدام أو بالأشغال الشاقة للويدة أو بالنفى يموت موتاً مدنياً ، فلا يعود أهلاً للتمتع بالحقوق أو للالتزام بالواجبات .

#### ٦ - أهلية الوجوب وأهلية الأداء :

وأهلية الإنسان للتمتع بالحقوق والالتزام بالواجبات هي ما يسمونه بأهلية الوجوب (capacité de jouissance) . وقد رأينا أن هذه هي الشخصية من ناحية القانون . فأهلية الوجوب والشخصية القانونية شيء واحد في نظرنا .

أما أهلية الأداء (capacité d'exercice) فهي القدرة على استعمال الحقوق .

وكان الأولى أن نميز تمييزاً تاماً بين أهلية الوجوب ، فلا نسبية أهلية على الإطلاق ، وبين أهلية الأداء ، وهذه هي الأهلية بالمعنى الصحيح .

وتتكلم في أهلية الوجوب أو الشخصية من ناحية القانون ، ثم في أهلية الأداء .

## المبحث الأول

الشخصية من ناحية القانون

(أو أهلية الوجوب)

#### ٧ - المسائل التي يتناولها البحث :

نبحث أولاً متى تبدأ الشخصية ومتى تنتهي .

ثم نبحث بعد ذلك ما يتعلق بالشخص من اسم (nom) وأسرة



(famille) وموطن (domicile) ، وجنسية (nationalité) .

§ ١ - بدء الشخصية ونهايتها

٨ - برر الشخصية :

الجنين تبدأ الشخصية بال ميلاد . على أن الجنين قبل مولده يتمتع بشخصية (أو أهلية وجوب) ناقصة . فهو قابل لأن يرث ، ولأن يوصى له ، ولأن يوقف عليه . وذلك كله مشروط بمولده .

شرطان لبدء  
الشخصية

وحق تبدأ الشخصية بال ميلاد . يجب أن يولد الانسان حيا وقابلا للحياة . أما أن يولد حيا ، فيتم ذلك بأن يثبت أن المولود قد تنفس تنفسا كاملا . وأما أن يولد قابلا للحياة ، فيكون ذلك بأن يشتمل للولود على جميع الأعضاء التي تكفل له الحياة . فإذا مات للولود بعد أن ولد حيا وقابلا للحياة بالمعنى للتقدم ، فإن شخصيته تكون قد وجدت ، وتكون قد بدأت بال ميلاد وانتهت بالموت . أما اذا اختل شرط من الشرطين للتقدمين ، بأن ولد المولود ميتا ولو كان قابلا للحياة ، أو ولد حيا ولكنه غير قابل للحياة فمات على أثر مولده ، فلا يعتبر شخصا وجد ، واذا كان قد حبس من أجله بعض الحقوق ، كالميراث والوصية والاستحقاق في الوقف ، فلا يعتبر قد استحق شيئا من ذلك .

ثبوت الميلاد

ويثبت الميلاد وتاريخه عادة بشهادة رسمية . وكثير من البلاد يتخذ سجلات تقيد فيها المواليد والوفيات . وقد فعلت فرنسا ذلك منذ الثورة الفرنسية ، وانجلترا منذ سنة ١٨٣٩ . أما مصر فقد نظمت فيها من السجلات بقوانين صدرت في سنى ١٨٩١ و ١٨٩٨ و ١٩١٢ . وبمقتضى قانون سنة ١٩١٢ يقع واجب التبليغ عن الميلاد على والد الطفل ان كان

حاضرا ، ثم على جميع الأقرباء الذكور الراشدين القاطنين بالمنزل الذى حصلت فيه الولادة ان كان الولد غائبا ، ثم على القابلة أو الطيب الذى حضر الولادة ان لم يوجد الوالد أو أحد الأقارب ، ثم على شيخ الحارة فى المدن وشيخ الناحية فى القرى ويليه العمدة . ومتى كان صاحب الرتبة الأولى فى القيام بهذا الواجب موجودا وقادرا على التبليغ سقط التكليف عن الآخرين . ومن قصر فى التبليغ غرم الى مائة قرش . وميعاد التبليغ خمسة عشر يوما من وقت الولادة . ويكون التبليغ لمكتب صحة الجهة التى حصلت فيها الولادة ، فان لم يوجد بها مكتب صحة ف للعمدة .

#### ٩ — نهاية التخصية :

وتنتهى التخصية بالموت . وكانت قديما تنتهى كذلك بالرق وبالموت المدنى وبالرهنة .

الموت

وقد تقضى الصياغة القانونية بامتداد حياة الميت بعد موته الى أن تصفى تركته ، كما كان الأمر فى القانون الرومانى ، أو الى أن تسدد ديونه كما هو الأمر فى الشريعة الاسلامية .

امتداد حياة الميت

ويجب التبليغ عن الوفاة كما يجب التبليغ عن الولادة . والتبليغ فى مصر واجب على أهل للتوفى أو كل شخص ذكر بالغ قاطن مع المتوفى ، ثم على الطيب أو المسدوب الصحى الذى أثبت الوفاة ، ثم على شيخ الحارة فى المدن وشيخ البلد فى القرى ويليه العمدة . وميعاد التبليغ أربع وعشرون ساعة من تاريخ الوفاة .

ثبوت الوفاة

وقد لا تتحقق وفاة الشخص ولكن لا تتحقق حياته كذلك . وهذا ما يسمى بالمفقود أو النائب . وتقضى أحكام الشريعة الاسلامية بأن المفقود يقام عنه وكيل يحصى أمواله ويديرها . ويستبر المفقود حيا فى حق

المفقود

الأحكام التي تقره ، وهي التي تتوقف على ثبوت موته ، فلا يتزوج عرسه أحد ، ولا يقسم ماله على وراثته ويعتبر ميتا في حق الأحكام التي تنفعه وتضر غيره ، وهي المتوقعة على ثبوت حياته ، فلا يرث من غيره ، ولا يحكم باستحقاقه للوصية إذا أوصى له بوصية ، بل يوقف نصيبه في الأثر وقسطه في الوصية الى ظهور حياته أو الحكم بوفاته . ويحكم القاضى بوفاته بعد اهتضاء المدة التي لا يعيش فوقها غالبا . ومتى حكم بموت المفقود يقسم ماله بين وراثته للوجودين وقت صدور الحكم بموته ، ويرد القسط للموقوف له الى من يرث مورثه عند موته ، ويرد للوصى له به ان كانت له وصية الى ورثة للوصى ، وتمتد عند ذلك زوجته عدة الوفاة ، وتحل للأزواج بعد اهتضاءها أما اذا علقت حياة المفقود ، أو حضر حيا في وقت من الأوقات ، فانه يرث ممن مات قبل ذلك من أقاربه ، فان عاد حيا بعد الحكم بموته ، فالباقى من ماله في أيدي وراثته يكون له ولا يطالب أحدا منهم بما ذهب .

## § ٢ — متعلقات الشخصية

### الاسم والاسرة والموطن والمجنسية

#### ١٠ — الاسم :

لكل شخص اسم يعرف به تميزا له عن سائر الأشخاص . ويتكون الاسم عادة من الاسم الشخصي (prénom) ولقب الأسرة التي ينتسب اليها الشخص (nom) . وقد جرى الترييون على عادة استعمال لقب الأسرة أكثر من استعمال الاسم الشخصي . وهي عادة ورثوها عن الرومان أما في الشرق فالاسم الشخصي هو الغالب ، وان كان لقب الأسرة أخذ الآن في الانتشار . وجرت عادة الترييين كذلك أن الزوجة تسمى باسم

الاسم واللقب

زوجها ، وتنفذ هنا الاسم اذا طلقت ، ولكنها تحتفظ به اذا تزلمت . أما في الشرق فلا تزال الزوجة تحتفظ باسمها .

الحق في الاسم

وحق الانسان في اسمه ، كحق في شخصيته ، ليس حقا ماليا ، وحق ملكية ، كما ذهب الى ذلك القضاء الفرنسي . بل هو حق من الحقوق العامة التي يتمتع بها الشخص كحقه في الحرية الشخصية وحقه في حرية الدين والفكر والاجتماع . وهو بهذا الوصف غير قابل للسقوط بالتقادم ، فلترك الشخص اسمه ، ثم عاد اليه ولو بعد مدة طويلة ، جاز له ذلك . وهو بهذا الوصف أيضا غير قابل للتنازل عنه ، ولا يجوز تغييره بمحض الارادة أما اذا وقع خطأ في الاسم فتصحیح هذا الخطأ يقتضى عادة رفع دعوى بذلك . وهو بهذا الوصف أيضا يحميه القانون كما يحمى الشخصية ، فن اعتدى على اسم شخص أو على شخصيته فاستمار ذلك لنفسه كان مستولا ، وجاز للمعتدى عليه أن يطلب كف الاعتداء وأن يطلب تعويضا عن الضرر الذي أصابه ولو كان ضررا أدبيا .

الاسم التجاري

أما اذا كان الاسم اسما تجاريا (Nom commercial) يعرف به متعبر معين ، أو بضاعة معينة ، فانه يصبح حقا ماليا كحق الملكية ، ويجوز التصرف فيه والتنازل عنه وتملكه بالتقادم .

## ١١ - الأسرة :

كما يتميز الشخص باسمه تميزا ضيقا ، يتميز كذلك بأسرته تميزا واسعا ، ثم يتميز بجنسيته تميزا أوسع . والأسرة التي ينتمى اليها الشخص تتكون من طائفة من الأشخاص تربطهم رابطة النسب أو رابطة للمصاهرة . فرابطة النسب هي رابطة الدم . وأقارب الشخص من طريق النسب على نوعين : (١) الأصول والفروع ، وهم أبوه وجدّه وان علا ( وكذلك

رابطة النسب

الأم والجدة ) ، وابنه وابن ابنه وان نزل ( وكذلك البنت وبنت البنت )  
 (٢) الحواشي ويشتركون مع الشخص في أصل مشترك . فالأخ من حواشي  
 الأخ ، وأصلهما المشترك الأب . وابن الأخ من حواشي المم وأصلهما  
 المشترك الجد ، وكذلك ابن المم بالنسبة لابن المم . وتحسب درجة النسب ،  
 وفقاً لتقاليد القانون الرومانى ، وطبقاً للقانون الفرنسى ، باحتساب ما يفصل  
 الشخص من الشخص من طبقات . فان كان من الأصول أو الفروع  
 فالأمر هين ، ويكفى أن نحدد من الفرع لأصله أو نزل من الأصل لفرعه  
 طبقة طبقة . فالابن فى الدرجة الأولى من الأب وفى الدرجة الثانية من  
 الجد الأول وفى الدرجة الثالثة من الجد الثانى وهكذا . وكذلك الأب فى  
 الدرجة الأولى من الابن وفى الدرجة الثانية من ابن الابن وفى الدرجة  
 الثالثة من ابن ابن الابن وهكذا . أما اذا كان من الحواشى فطريقة  
 احتساب الدرجة أن تجمع الطبقات التى تفصل كل شخص عن الأصل  
 المشترك . فالأخ فى الدرجة الثانية من أخيه ، اذ تفصله عن الأب ( وهو  
 الأصل للمشارك ) طبقة ، ويفصل أخاه عن هذا الأصل المشترك طبقة  
 كذلك ، فالجميع طبقتان ، فيكون أحدهما بالنسبة للآخر فى الدرجة الثانية .  
 وابن الأخ فى الدرجة الثالثة بالنسبة لعمه ، وابن المم فى الدرجة الرابعة  
 بالنسبة لابن عمه ، وهكذا .

ورابطة للصاهرة تنشأ من الزواج . فالزوج صهر لأقارب الزوجة ،  
 والزوجة صهر لأقارب الزوج .

وتعرف بعض الشرائع الغربية نوعين آخرين من روابط الأسرة ،  
 رابطة القرابة الطبيعية (parenté naturelle) ، وتنشأ من اتصال الرجل  
 بالمرأة فى غير زواج شرعى ، ورابطة التبني (adoption) وهى رابطة مصطنعة

القرابة الطبيعية  
 والتبني

نشأ باتفاق بين اللتبنى والتبنى ويترتب عليها بعض آثار البنوة .

وروابط الشخص بأسرته يترتب عليها آثار قانونية هامة ، بعضها شخصي محض كواجب التربية للابن على أبيه وواجب الطاعة للزوج على زوجته ، وبعضها مالى ، كالميراث والنفقة . وقد سبقت الإشارة الى ذلك .

الآثار القانونية  
لقراءة

## ١٢ - الموطن :

لكل شخص موطن (domicile) يستقر فيه . وكثيرا ما تقضى العلاقات القانونية أن تحدد موطن الشخص . ففي القانون للدنى توجد قواعد تحيل على الموطن ، مثل ذلك القاعدة التى تقضى بأن الوفاء يكون فى موطن اللدين . وكذلك قانون للرافعات ، وهو يقضى بأن الباعوى الشخصية ترفع أمام المحكمة الكائن فى دائرتها موطن اللدى عليه . والقانون المستورى يجعل للموطن هو المائرة التى يستعمل الانسان فيها حقوقه السياسية .

أهمية الموطن

وهناك طريقتان لتحديد الموطن : (١) فهو اما أن يحدد بأنه محل الإقامة للمستقر . وبهذا التحديد أخذ القانون المصرى ، فهو يعرف الموطن بأنه « المركز الشرعى المنسوب للانسان ، الذى يقوم فيه باستيفاء ماله وإيفاء ما عليه ، ويستبر وجوده فيه على الدوام ، وان لم يكن حاضرا فيه فى بعض الأحيان أو أغلبها ، وأنه لا يجهل ما يحصل فيه مما يتعلق بنفسه » (٢) وأما أن يحدد بأنه محل العمل الرئيسى . وقد جرى القانون الفرنسى على هذا رأى . ومهما يكن من أمر ، فإنه يجب التمييز بين الموطن (domicile) ومحل الوجود (résidence) ، فالموطن هو الجهة التى يستقر فيها الشخص مقاما أو عملا ، ولو لم يوجد بها بالفعل فى وقت من الأوقات . ومحل الوجود هو الجهة التى يوجد فيها الشخص فعلا فى وقت من الأوقات

تحديد الموطن

تعدد الموطن

على غير استقرار . وسواء حدد الموطن بأنه محل الإقامة المستقر أو محل العمل الرئيسى ، فإنه يجوز عقلا أن يكون للشخص أكثر من موطن واحد ، بأن يستقر الشخص فى أكثر من محل واحد ، كما لو كان يقيم فى جيتين بقدر واحد ، أو بأن يكون له محلان للعمل كلاهما رئيسى . وقد أخذ القانون الألمانى مجواز تعدد الموطن . أما القانونان المصرى والفرنسى فالظاهر أنهما يأخذان بوصف الموطن ، وإن كان العمل قد جرى على الاعتراف بتعدد الموطن ، كإفى حالة الطلبة والجنود وشركات السكك الحديدية والمزارعين القيمين فى المدن . ويجوز للشخص كذلك أن يغير موطنه ، بأن يستقر فى جهة أخرى أو بأن ينقل محل عمله الرئيسى .

وهناك ما يسمى بالموطن القانونى ، وهو موطن يقوم القانون بتحليله . مثل ذلك أن يعتبر موطن القاصر هو موطن وليه أو وصيه . ويوجد أيضا الموطن السياسى وهو الجهة التى يباشر فيها الشخص حقوقه السياسية فى الانتخابات والترشيح ونحو ذلك . ويوجد أخيرا الموطن المختار ، وهو موطن يختاره الشخص غير موطنه الحقيقى ، ليجرى فيه بعض أعمال قضائية ، كما لو اتفق مع آخر على أن تكون الاعلانات بينهما فى موطن معين ، وكذا إذا عين أحد المتقاضين مكانا يملن فيه فى دائرة المحكمة المرفوع أمامها القضية .

### ١٣ - الجنسية :

وينتسب الشخص كذلك الى جنسية معينة . وتتحدد الجنسية أما بطريق النسب (jus sanguinis) ، فابن المصرى مصرى ، وأما بطريق محل الميلاد (jus soli) ، فالولود فى أرض انجليزية انجليزى . وكثيرا ما تلفق الطريقتان ، فيعتد بالنسب ويحمل الميلاد معا .

تحديد الجنسية

التجنس وقد يكسب الشخص الجنسية من طريق التجنس (naturalisation) وفقاً لشروط تضعها كل دولة لكسب جنسيتها .

#### ١٤ — حالة الشخص (Etat de la personne) :

الاسرة ويتبين مما تقدم أن حالة الشخص تختلف باختلاف مركزه في الأسرة وفي الجنسية . فالقواعد التي تحدد مركز الشخص في أسرته (كالزواج والاعتراف بالبنوة والتبني والطلاق الخ) ، والتي تحدد حقوق الشخص وواجباته باعتباره ذا مركز معين في الأسرة ( كحقوق الأب على ابنه وواجبه نحوه ، وحقوق الزوجين وواجباتهما ) ، والقواعد التي تحدد كسب الجنسية أو فقدانها ، والتي تحدد حقوق المواطن والأجنبي ( لا سيما في بلد توجد فيها الامتيازات الأجنبية ) ، هذه القواعد جميعها هي التي تحدد الحالة الشخصية (état) يضاف الى ذلك أن الدين في بلاد الشرق له كذلك أثر كبير في الحالة الشخصية ، ففي مصر مثلاً يتوقف على الدين معرفة القانون الواجب التطبيق والمحكمة المختصة في بعض مسائل الأحوال الشخصية .

## المبحث الثاني

### أهلية الاداء

#### ١٥ — المسائل التي يتناولها البحث :

نذكر أولاً كلمة موجزة في النظرية العامة لأهلية الأداء . ثم نشير بعد ذلك الى أحكام الأهلية في الشريعة الاسلامية وقانون المجالس الحسينية .

§ ١ — النظرية العامة لأهلية الأداء

#### ١٦ — تعريف أهلية الاداء وتمييزها عما يستقبل بها :

أهلية الأداء هي صلاحية الشخص لصدور العمل القانوني منه على التعريف



وجه يستند به شرعا .

وتخصص الأهلية هنا بأهلية الالتزام بالعمل القانوني . ونذكر جانبا  
أهلية الالتزام بنير العمل القانوني . كأهلية الالتزام بالخطأ في المسئولية  
التقصيرية ، وأهلية الالتزام من طريق الأثر بلا سبب .

ويجب التمييز بين الأهلية والولاية على المال . فالأولى هي ما عرفنا .  
أما الولاية على المال فهي نفوذ الأعمال القانونية التي تصدر من شخص على  
مال الغير ، وهي نوع من النيابة . مثل ذلك الولي والوصي والقيم ، كل  
هؤلاء لهم الولاية على مال الصغير والمحجوز . فلا يقال أن الولي له أهلية  
التصرف في مال الصغير ، أو أن القيم له أهلية الإدارة في مال المحجور  
عليه ، بل يقال أن الولي له ولاية التصرف في مال الصغير ، والقيم له ولاية  
إدارة مال المحجور . فالولاية صلاحية بالنسبة لمال الغير ، أما الأهلية  
فصلاحية بالنسبة لمال الشخص نفسه .

كذلك يجب التمييز بين عدم الأهلية وعدم قابلية المال للتصرف .  
فالقاصر غير أهل للتصرف في ماله ، وذلك يرجع لعدم أهليته . أما من  
وقف ماله فلا يستطيع التصرف فيما وقفه ، وذلك يرجع لعدم أهلية  
الواقف ، بل لعدم قابلية المال الموقوف للتصرف . وأهمية التمييز بين عدم  
الأهلية وعدم قابلية المال للتصرف أن الشخص اذا تصرف وهو غير أهل  
تقد يكون تصرفه باطلا بطلانا مطلقا أو باطلا بطلانا نسبيا حسب الأحوال  
. أما اذا تصرف في مال غير قابل للتصرف كالوقف فتصرفه باطل بطلانا  
مطلقا في كل الأحوال .

ويجب التمييز أخيرا بين عدم الأهلية والمنع من التصرف . فقد  
يمنع شخص من التصرف لمصلحة مشروعة ثابتة للغير ، كما اذا باع النائب

في الشراء ماله للأصيل وقد روعي في ذلك مصلحة الأصيل . وكما اذا باع شخص ماله في مرض الموت ، وقد روعي في ذلك مصلحة الورثة . فإذا زال المانع من التصرف ، كما اذا أجاز الأصيل في الحالة الأولى ، أو أجازت الورثة أو لم يوجد وارث في الحالة الثانية . وقد تكون المصلحة المانعة من التصرف مصلحة عامة ، كتنظيم القانون شراء الحقوق المتنازع فيها على عمال القضاء ، وهنا المانع لا يزول مادامت المصلحة العامة تقتضيه أما عدم الأهلية للتصرف ، فبخلاف المنع من التصرف ، انما يثبت لمصلحة عديم الأهلية نفسه ، لا لمصلحة الغير ، ولا لمصلحة عامة غير ما تتطلبه المصلحة العامة من حماية عديم الأهلية .

والتيبين مما تقدم أن أهلية الأداء ترجع لاعتبار في الشخص نفسه  
الأهلية تتركز على التمييز  
فما يتعلق بالتصرف في ماله . وليس هذا الاعتبار سوى القدرة على التمييز  
فالأهلية انما تتركز على التمييز . لذلك تكون كاملة اذا كان التمييز كاملا  
وقاصرة اذا كان التمييز قاصرا ، ومعدومة اذا كان التمييز معدوما .

#### ١٧ - أهلية الأداء الكاملة والقاصرة المعروفة :

أهلية الأداء الكاملة هي صلاحية الشخص لصدر جميع الأعمال  
القانونية عنه . واذا اقتصرنا من الأعمال القانونية على العقود ، فهذه يمكن  
تقسيمها ، من حيث أهلية الأداء ، الى أربعة أقسام : (١) عقود اغتناء ،  
وهي عقود يفتني من يباشرها دون أن يدفع عوضا لذلك ، كالهبه بالنسبة  
للموهوب له . (٢) عقود ادارة ، وهي عقود ترد على الشيء لاستغلاله ،  
كعقد الإيجار بالنسبة للمؤجر . (٣) عقود تصرف ، وترد على الشيء  
لتصرف فيه بعوض ، كالبيع . (٤) عقود تبرع ، وترد على شيء للتصرف  
فيه بغير عوض ، كالهبه بالنسبة للواهب . فمن كان كامل أهلية الأداء

وجب أن يكون صالحا لمباشرة هذه الأنواع الأربعة من العقود ، فتجتمع فيه أهلية الاغتناء ، وأهلية الادارة ، وأهلية التصرف ، وأهلية التبرع . وهذا لا يجمع الا لكامل التمييز .

وأهلية الأداء القاصرة هي أهلية الشخص لصنوبر بعض الأعمال القانونية منه دون البعض الآخر . فالصبي المميز القاصر في تمييزه أهلية قاصرة ، اذ هو أهل للاغتناء ، وقد تكون له أهلية ادارة محدودة ، أما أهلية التصرف عنده فمعدومة الا في ظروف معينة ، وأهلية التبرع معدومة بتاتا .

وقد تكون أهلية الأداء معدومة . فالصبي غير المميز ( أى عديم التمييز ) لا يتوافر فيه أى نوع من أنواع أهلية الأداء ، فهو غير أهل للتبرع ولا للتصرف ولا للادارة ولا للاغتناء ، وكل عمل قانونى يصدر منه يكون باطلا .

٢ § — أحكام الأهلية في الشريعة الإسلامية وقانون المجالس الحسبية

١٨ — الأدوار الطبيعية في حياة النساء :

يقسم علماء أصول الفقه الأدوار الطبيعية التي يمر بها الانسان في حياته الى أربعة أدوار : (١) قبل أن يولد وهو جنين (٢) من وقت ولادته الى سن التمييز (٣) من سن التمييز الى سن البلوغ (٤) من سن البلوغ الى سن اللوت .

أما الجنين فليست له أهلية الأداء . وقد قدمنا أنه قد تكون له أهلية الجنين وجوب من بعض الوجوه .

وكذلك الصبي غير المميز معدوم أهلية الأداء . وله ولي أو وصى . الصبي غير المميز

فالولى هو الأب ثم الجد الصحيح . فان لم يوجد أحد منهما فوصى . والولى أو الوصى يباشر عن الصغير أهلية الاغتناء مطلقا وأهلية الادارة وأهلية التصرف فى حدود معينة . أما أهلية التبرع فلا يباشرها أحد . وكل هذا يكون برقابة المجلس الحسبى .

الصبي المميز

والصبي للميز — ومن التمييز هى السابعة — له أهلية أداء ناقصة . فله أن يباشر ما كان نافعا له فمما محضا ، أى أن له أهلية الاغتناء ، فيستطيع قبول الهبة . وليس له أن يباشر ما كان ضارا به ضررا محضا ، أى ليست له أهلية التبرع ، فلا يستطيع أن يهب ماله . أما الأعمال النائرة بين النفع والضرر ، وتتضمن أهلية الادارة وأهلية التصرف ، فلا أهلية له فيها ، ويباشرها عنه الولى أو الوصى ، فى الحدود التى سبقت الإشارة إليها فى حالة الصبي غير للميز . على أنه متى بلغ القاصر ثمانى عشرة سنة ، ولم يمنع من التصرف ، جاز له تسلم أمواله ليدبرها بنفسه .

البالغ الرشيد

والبالغ الرشيد — ومن الرشد احدى وعشرون سنة — يصبح كامل أهلية الأداء . فله أهلية الاغتناء وأهلية الادارة وأهلية التصرف وأهلية التبرع ، يباشر كل ذلك بنفسه .

## ١٩ — عوارض الأهلية :

قد يبلغ الانسان سن الرشد ، ولكن أهلية الأداء عنده تتأثر بعد ذلك بمرض يرجع الى العقل ، وهو الجنون أو العته ، أو يرجع الى التدبير ، وهو السفه أو النفلة . فيحجر على المجنون والمعتوه والسفيه وذى النفلة وينصب قوام عليهم .

المجنون

فالمجنون يحجر عليه المجلس الحسبى ، ويختار له قيا ، ما لم يكن له ولى

تُب أو جد صحيح . وأهلية الأداء عند المجنون معلومة ، كالصبي غير المميز .  
وولاية القيم على المجنون كولاية الوصى على الصغير ، يباشر وحده من  
الأعمال ما يباشره الوصى وحده ، ويستأذن المجلس الحسبي في الأعمال التي  
يستأذن فيها الوصى ، ولا يستطيع مباشرة الأعمال التي لا يستطيع مباشرتها  
الوصى . وكذلك الولي على المجنون مثل الولي على الصغير من حيث سعة  
الولاية .

والمعتوه يحجر عليه كذلك ، ويختار له قيم ، إذا لم يكن له ولي . المعتوه  
والقيم والولي على المعتوه كالقيم نفسه على المجنون من حيث مدى الولاية .  
أما المعتوه نفسه فقد يكون غير مميز ، فتتقدم عنده أهلية الأداء ، شأنه في  
ذلك شأن الصغير غير المميز والمجنون . وقد يكون مميزا ، فتكون عنده  
أهلية أداء ناقصة ، هي أهلية الصبي المميز ، وقد سبق تحديدها .

ويحجر على السفیه ، ويختار له قيم . وولاية القيم على السفیه كولاية  
القيم على المجنون والمعتوه . أما السفیه فننده أهلية أداء ناقصة ، إذ أن له  
أهلية الاعتناء . أما أهلية الإدارة والتصرف والتبرع فمعلومة .

ويلحق بالسفیه ذو الغفلة ، فيحجر عليه ، ويختار له قيم تكون له  
ولاية القيم على السفیه . وأهلية الأداء عند ذی الغفلة كأهلية الأداء  
عند السفیه .

## الفصل الثاني

### الشخص المعنوى

٢٠ - المسائل التي يتناولها البحث :

نبدأ بتقديم فكرة عامة عن الشخص المعنوى ، فتكلم في ماهيته

وفي أقسامه . ثم نبحت نظام الشخص المعنوى : كيف يولد وكيف يعيش  
وكيف يموت .

## المبحث الاول

### ماهية الشخص المعنوى وأقسامه

§ ١ - ماهية الشخص المعنوى

٢١ - فكرة التشخيص المعنوى وفوائدها :

منذ وجد المجتمع والناس تترك فوائده لجميع ضروب النشاط الفردى  
وأول جماعة هي الدولة ثم وجدت جماعات أخرى تتألف وتسعى الى تحقيق  
أغراض مشتركة . فنشأت الجماعة ضرورة من ضرورات تطور المدنية وقد  
وجد في كل عصر . وهو محل محل نشاط الفرد ، ليس فيه حصص كبيرين .  
فنشاط الفرد محدود في قوته ، ومحدود في مدته . أما نشاط الجماعة فيضم  
قوى الأفراد من كفاية ومال ويجعلها متضامنة . وهو الى ذلك غير محدود  
بعمر من الأعمار ، ولا يسرع اليه الفناء ، كما يسرع الى حياة الفرد .

للتضامن والبقاء

فالتضامن ما بين الجهود والقوى والبقاء المستقر هما من أبرز مزايا نشاط  
الجماعات الذى يقوم على فكرة التشخيص المعنوى .

وقد تمكنت الانسانية ، بفضل هذا التشخيص للمعنوى لنشاط  
الجماعات ، من تحقيق كثير من أعمال البر والدين والعلم والفن والاقتصاد  
والتجارة ، فوجدت الجماعات الخيرية والدينية والعلمية والفنية والاقتصادية  
والتجارية ، وكسبت بفضل الشخصية للمعنوية حياة قانونية مستقرة ،  
تمكنت بها من تحقيق أغراضها .

الشخص المعنوي  
والنشاط القانوني

ذلك لأن نشاط الجماعة لا يكون منظماً تنظيماً مستقراً إلا من طريق  
إدماج الأفراد الذين تتألف منهم الجماعة في شخصية واحدة ، تقوم بنشاطها  
القانوني كما يقوم الفرد ، فتكسب الحقوق ، وتترتب في ذمتها الالتزامات ،  
وتتعاقد ، وتتقاضى ، إلى غير ذلك من مظاهر النشاط القانوني . وهذا  
ما نعبّر عنه بالشخصية المعنوية .

المؤسسات

بل أن الشخصية المعنوية قد تقوم ، لا على جماعة من الناس بل على  
غرض من الأغراض يراد تحقيقه ، عمل من أعمال البر أو التعلم أو الفن  
أو غير ذلك يرصد له مال يكفل القيام به . فالشخصية المعنوية أساسها هنا  
هذا الغرض المقصود وهذا المال المرصود ، دون نظر إلى الجماعات المتغيرة  
التي تتولى تحقيق هذا الغرض باستعمال هذا المال . وهذا ما يسمى  
بالمؤسسات أو المؤسسات (Etablissements; Fondations).

وفي الشريعة الإسلامية يقوم نظام الوقف بتحقيق بعض ما يحقّه  
نظام الشخص المعنوي . إلا أن الوقف نظام جامد لا يتسع لكل ما يتسع  
له فكرة الشخصية المعنوية .

## ٢٢ - النظريات المختلفة في ماهية الشخص المعنوي :

نظرية الغرض  
القانوني

جرى قهواء الرومان ، ومن بعدهم القهواء الفرنسيون إلى عهد قريب ،  
على اعتبار الشخصية المعنوية فرضاً قانونياً (fiction légale) لا حقيقة  
واقعة . ويستندون في ذلك إلى أن الشخص لا يكون حقيقة واقعة إلا إذا  
كان قادراً على التفكير والإرادة ، وهذا هو شأن الشخص الطبيعي ،  
فالقانون لا يخلق شخصيته بل يقتصر على الاعتراف بها . أما الشخص  
المعنوي ، وهو غير قادر على التفكير والإرادة ، فالقانون يخلق شخصيته  
خلقاً ، ويخضعها عليه فرضاً لا حقيقة ، حتى يمكنه بذلك أن يحيا حياة

قانونية تشتمل على مظاهر النشاط القانوني . ويرتب أنصار هذه النظرية على أن الشخص المعنوي شخص مصطنع وهي تقيجتين خطيرتين . أولاها : أن القانون وحده هو الذي يمنح الشخصية المعنوية ، وليس الشخص المعنوي الا خلق القانون ، فلا يجاوز حدود البلاد التي خلق فيها . والنتيجة الثانية أن القانون الذي خلق الشخص المعنوي هو الذي يحدد الحقوق التي تمنح لهذا الشخص ، فله أن يضيق في هذه الحقوق ، وأن يوسع فيها ، وله أخيرا أن يسلب الشخص المعنوي شخصيته فهو الذي أعطاها اياه . وقد أصبحت نظرية الفرض القانوني نظرية مهجورة ، بعد أن محصها النقد ، وبخاصة عند فقهاء الألمان . فليس صحيحا أن الشخص لا يكون شخصا الا اذا كان قادرا على التفكير والارادة ، فهذا هو المجنون والصبي غير المميز ، وما معدوما الارادة والتفكير ، يعتبر كل منها شخصا حقيقيا . والواقع أن الشخص المعنوي يستمد شخصيته من ضرورة وجوده قبل أن يتعرف به القانون . وليس من الحق أن يتحكم القانون في الشخص المعنوي وجودا وعدما ، فان الشخصية المعنوية ضرورة اجتماعية لا يستطيع القانون الا أن يسلم بها .

وقد قامت ، الى جانب نظرية الفرض القانوني بعد هجرها ، نظريتان أخريان متضادتان . الأولى تنفي فكرة الشخصية بتاتا ، ولا ترى في الشخص المعنوي الا ضريا من ضروب الملكية ، هي الملكية المشتركة (propriété collective) : والأخرى ، على النقيض من ذلك تؤكد فكرة الشخصية ، وتذهب في تأكيدها الى حد بعيد ، حتى تقلبها من شخصية فرضية (personnalité fictive) الى شخصية حقيقية (personnalité réelle) .

ويذهب أنصار نظرية الملكية المشتركة وعلى رأسهم الأستاذ

نظرية الملكية  
المشتركة



بلانيول (Planiol) الى أن الميز الرئيسى للشخص المعنوى هو وجود مال مستقل يملكه . ولما كان هذا المال يستدعى وجود مالك ، قد لجأ أصحاب نظرية الشخصية القرضية ، الى خلق شخص وهمى يسندون اليه الملكية . ولما فى حاجة الى هذا الخيال لنخفى تحته ضربا من الملكية هى الملكية المشتركة . فأن المال الذى تسند ملكيته الى هذا الشخص المزعوم إنما هو مملوك لجميع الأفراد الذين تتألف منهم الجماعة ، لا ملكية فردية يتعدد فيها نصيب كل شريك مفرزا أو شائعا ، ولكن ملكية مشتركة لا يتحدد فيها نصيب الفرد ، بل الجماعة هى التى تملك ، وتعامل ، وتسند اليها الحقوق . وعيب نظرية الملكية المشتركة هو أنها تركز الشخص المعنوى فى المال الذى يملكه . وما المال الا وسيلة لتحقيق الغرض الذى يسعى اليه الشخص المعنوى . فاذا كان لنا أن نقف عند ميز رئيسى للشخص المعنوى ، فينبغى أن يكون هذا الميز هو الغرض الذى من أجله وجد هذا الشخص . وهناك فروض نرى فيها المال أمرا ثانويا بجانب الغرض ، كما هو الأمر فى الدولة التى هى أكبر شخص معنوى ، فأننا لا نستطيع أن نصف الدولة بأنها مجموعة من المال ، بل أن العلامة المميزة للدولة هى الغرض الذى قامت من أجله . وهناك فروض للشخص المعنوى لا يوجد فيها المال أصلا ، كما اذا تألفت جمعية أدبية أو علمية تسمى لأغراض غير مالية بوسائل غير مادية .

نظرية الشخصية  
الحقيقية

أما أنصار نظرية الشخصية الحقيقية فيذهبون الى أن الشخص المعنوى هو شخص حقيق لا فرضى . وقد انتصر لهذه النظرية بنوع خاص قهاء الألمان ؟ وعلى رأسهم الأستاذ جيرك (Gierke) . وهم يقولون أن الذى يميز الشخص هى الإرادة . وللشخص المعنوى إرادة كما

للشخص الطبيعي ، ارادة مستقلة عن ارادة الأفراد الذين يتألف منهم هذا الشخص ، وما علينا الا أن ننظر الى الفرد منعزلا ، ثم الى الفرد في الجماعة . فالفرد ، وهو بعيد عن الجماعة ، لا تكون ارادته هي نفسها الارادة التي يندمج بها في الجماعة . فارادة الجماعة أو الشخص المعنوي وليدة احتكاك الارادات الفردية وتضاربها ، وما يقتضى ذلك من مساومة وتسليم وتصالح . فهي ارادة مستقلة تغاير الارادات الفردية التي دخلت في تكوينها . وعيب هذه النظرية المغالاة في تشبيه الشخص المعنوي بالشخص الطبيعي . وقد قدمنا أنه ليس من الضروري أن تتركز الشخصية على الارادة ، وليس من الضروري حتى تثبت الشخصية للشخص المعنوي أن تجعله كالشخص الطبيعي من جميع الوجوه .

#### نظرية الشخصية القانونية

ويكفي في نظرنا أن نقول أن الشخص المعنوي له شخصية قانونية كما للشخص الطبيعي . وإذا كان الشخص الطبيعي يختلف كل الاختلاف عن الشخص المعنوي في تكوينه للأدى والنفسي فإن القانون لا يعنيه من الشخص التكوين القسويولوجي أو التكوين النفسي ، بل ينظر اليه من الناحية القانونية . والناحية القانونية هي أن يكون الشخص محلا للحقوق والواجبات كما قدمنا . فالشخص المعنوي والشخص الطبيعي سواء من هذه الناحية ، لأن كلا منهما شخص قانوني . ولم يجعل القانون الشخص للمعنوي محلا للحقوق والواجبات تحكما ، بل لأنه وجد الشخصية المعنوية حقيقة اجتماعية فاعترف بها . ووجد فيها معنى الشخصية القانونية ، فصاغها على هذا القرار . والشخص المعنوي كالشخص الطبيعي يشتمل على جزء من الحقيقة ، وهو ما يسميه الأستاذ جني بمنصر العلم ، وجزء من الصنعة ، وهذا ما يسميه بمنصر الصياغة .

### ٢٣ — مشخصات الشخص المعنوى :

ولما كانت نظرية القرض القانونى قد هجرت ، وأصبح الشخص المعنوى فى نظر المدرسة الحديثة حقيقة واقعة ، بقى أن نذكر أن هذا لا يعنى أن كل جماعة من الناس تسبغ عليها الشخصية للمعنوية دون حساب . فكل شخص للمعنوى مشخصات تقوم به . وقد حصرها الأستاذ كاييتان فى حقومين :

( ١ ) الأفراد الذين يتألف منهم الشخص للمعنوى ينبغى أن يكونوا أفرادا لا يقصدون لدوائهم ، بل يجوز أن يخرجوا ويحل محلهم آخرون . وهكذا يكون الشخص المعنوى ثابتا فى شخصيته ، متغيرا فى الأفراد الذين يتألف منهم . أما اذا دخل أفراد بذواتهم ، كما فى شركات التضامن ، فالشخصية للمعنوية لا تكون عندئذ الا من صنع القانون .

( ٢ ) ويجب أيضا أن تضم هؤلاء الأفراد مصلحة مشتركة مستقرة يسعون اليها جميعا . وهذه المصلحة المشتركة هى الأساس الذى يقوم عليه الشخص المعنوى . وما لم يوجد هذا الغرض العام الثابت فليست الجماعة الا مجموعة من الأفراد ، يحتفظ كل فرد فيها بشخصيته ، وليست لها شخصية واحدة تدمجها جميعا فى وحدة متماسكة .

### ٢٤ — أقسام الشخص المعنوى

#### ٢٤ — الشخص المعنوى العام والشخص المعنوى الخاص :

ينقسم الشخص المعنوى ، اقساماً أولياً ، الى شخص معنى عام وشخص معنى خاص .

الشخص المعنوى العام يتولى سلطة عامة ، ويكون جزءا من هيئات الدولة .

افراد لا يقصدون لدوائهم

مصلحة مشتركة مستقرة

الشخص المعنوى العام

والشخص المعنوى الخاص لا يتولى سلطة عامة ، بل يكون من صنع الأفراد ، ليقوم على علاقات أو على مصلحة عامة .

الشخص المعنوى  
الخاص

## ٢٥ — أقسام الشخص المعنوى العام :

على رأس الأشخاص المعنوية العامة الدولة ، وهى شخص معنوى يتولى السلطة العامة المركزية .

الدولة

والى جانب الدولة توجد سلطات عامة محلية ، تقل أو تكثر تبعاً لقوة المركزية فى الإدارة أو ضعفها فى مصر تعتبر المدن والقرى والمديريات أشخاصاً معنوية عامة ، تمثلها المجالس البلدية والمجالس المحلية ومجالس المديريات .

المجالس البلدية  
والحلية ومجالس  
المديريات

والى جانب هذه السلطات العامة المحلية ، توجد سلطات عامة أخرى تشرف على مصالح عامة مركزية ، وتتمتع باستقلال ذاتى عن السلطة المركزية . مثل ذلك فى مصر الجامعة المصرية والجامعة الأزهرية ووزارة الأوقاف وثقافات المحامين . وهذا ما يسميه الفرنسيون بالمنشآت العامة ( Etablissements publics ) .

الجامعات ووزارة  
الأوقاف وثقافات  
المحامين

## ٢٦ — أقسام الشخص المعنوى الخاص :

وينقسم الشخص المعنوى الخاص الى جمعيات ( associations ) ومؤسسات ( fondations ) وشركات ( sociétés ) .

فالجمعيات هى طائفة من الأفراد يؤلفون جماعة لتحقيق مصلحة عامة أو مصلحة خاصة دون أن تكون هذه المصلحة هى الكسب المادى . مثل ذلك الجمعية الخيرية الاسلامية وجمعية العروة الوثقى والجمعية الزراعية والجمعية الجغرافية وجمعية الاقتصاد والتشريع والاحياء وجمعية المواصلات

الجمعيات

جمعية الاسعاف ونادى الموسيقى الشرق وغير هذه من الجمعيات التي تحقق مصلحة عامة : عملا من أعمال البر أو التعليم أو العلم أو الفن أو غير ذلك . ومثل ذلك أيضا النوادى الرياضية والنوادر الأدبية والعلمية والفنية وغيرها من النوادر ، واتحاد الجامعة المصرية وجمعية الشبان المسلمين وجمعية الشبان المسيحية وقابات العمال والفرف التجارية وغير هذه من الجمعيات التي تحقق مصلحة خاصة مقصورة على أعضائها دون أن يدخل فى ذلك فكرة الكسب المادى . وهذه الجمعيات على اختلاف أنواعها اعترف لها فى أكثر البلاد بالشخصية المعنوية بمجرد تأليفها وتنظيمها . وتوجد تشريعات للاعتراف بهذه الشخصية وتنظيمها كتشريع أول يوليه سنة ١٩٠١ فى فرنسا . أما فى مصر فاقضاء اعترف لهذه الجمعيات بالشخصية المعنوية .

المؤسسات هى مجموعة من المال ترصد لمل من أعمال البر والاحسان أو لمل يحقق مصلحة عامة ، وذلك كلالجى والمستشفيات والمدارس ومعاهد الموسيقى ، والفرق بينها وبين الجمعيات أن المؤسسات مجموعة من المال ، أما الجمعيات فهى طائفة من الأشخاص كما قدمنا . ولا يسمح فى فرنسا بالشخصية المعنوية للمؤسسات الا بترخيص ادارى بعد اتباع اجراءات خاصة . أما فى ألمانيا وسويسرا فلهؤسسات قواعد تنشأ بمقتضاها وتنظم . وفى مصر لا توجد قواعد للمؤسسات كما فى ألمانيا وسويسرا ، بل لا يوجد كذلك نظام للتخصيص الادارى كما فى فرنسا . وقد أغنى عن ذلك نظام الوقف المعروف الى حد ما . على أن الحاجة لا تزال شديدة الى تنظيم المؤسسات فى مصر ، فهناك مؤسسات ، كجمعية القرش والجوائز الرياضية والعلمية من كؤوس ومكافآت مالية ، تحتاج الى تنظيم ويضيق بها نظام الوقف .

والشركات (sociétés) هي طائفة من الأفراد يؤلفون جماعة لتحقيق مصلحة خاصة هي الكسب المادي (but lucratif). وهي على نوعين شركات مدنية (sociétés civiles) وشركات تجارية (sociétés commerciales).

الشركات المدنية فالشركات المدنية تقوم بأعمال مدنية غير تجارية بفرض الكسب للادى. مثل ذلك قنابات التماون بمختلف أنواعها، ومثل ذلك أيضا الشركات المقارية وهي التي تقوم ببيع الأراضى للأفراد البناء عليها، ومثل ذلك أخيرا الشركات التعاونية لنشر الكتب واللؤلؤات. وكثيرا ما تتخذ هذه الشركات شكلا تجاريا لتدخل في اختصاص المحاكم التجارية وتسمى بالشركات المدنية ذات الشكل التجارى (Sociétés civiles à forme commerciale).

أما الشركات التجارية فهي أنواع ثلاثة: (١) شركة التضامن والشركات التجارية شركة التضامن

société en nom collectif وهي شركة يكون جميع الشركاء فيها متضامنين ومسؤولين عن جميع ديون الشركة في جميع أموالهم —

(٢) شركة التوصية (société en commandite)، وهي شركة يكون

بعض الشركاء فيها متضامنين ومسؤولين عن جميع ديون الشركة في جميع أموالهم، ويكون البعض الآخر مسئولاً عن ديون الشركة بمقدار ما دفعه

من المال في الشركة وليس له شأن في إدارتها — (٣) شركة الأسهم شركة الاسم

(société anonyme) وهي شركة يساهم فيها كل شريك بميز من رأس

المال، ولا يكون مسئولاً عن ديون الشركة الا بقدر هذا الجزء. وشركات

للساهمة هي الأكثر شيوعا في ميدان النشاط التجارى، لأنها شركات

تجميع الكثير من المال دون أن تعرض الشركاء الى خطر على غير المال الذى

ساهموا به في الشركة.

## المبحث الثاني

### نظام الشخص المعنوى

§ ١ - كيف يولد الشخص للمعنوى

٢٧ - لمحة تاريخية :

عرف القانون الرومانى الشخصية المعنوية بنوعها : جماعة من الأشخاص (universitates personarum) ومجموعة من المال (universitates bonorum). أما الشخص للمعنوى الذى يتألف من جماعة من الأفراد فقد كان ينشأ ، حتى عهد الامبراطورية ، دون حاجة الى ترخيص خاص بذلك ، بل كان يكتفى أن يضع الشخص للمعنوى لنفسه نظاما (statut) حتى يكسب الشخصية للمعنوية . ثم جاء عهد الامبراطورية ، وبدأت الدولة تقلل من نفوذ الجمعيات وتخشى من خطرها السياسى . فأصبحت الجمعية (أو الشخص المعنوى) لا يجوز تأليفها كقاعدة عامة الا اذا حصلت على ترخيص خاص بذلك من مجلس الشيوخ (Sénat) ومتى حصلت على هذا الترخيص ألغت ، وبمجرد تأليفها تكسب الشخصية المعنوية . أما الشخص المعنوى الذى يتألف من مجموعة من المال ، وهو ما يسمى بالمؤسسة ، فقد عرفه الرومان منذ عهد قسطنطين ، بعد أن اعتنقت الدولة الرومانية الدين المسيحى ، وكانت الأموال ترصد لأعمال البر والدين ، للكنائس والأديرة والمستشفيات والملاجئ . بطريق الوصية أو الهبة فتكسب هذه المؤسسات الشخصية المعنوية ، دون حاجة إلى ترخيص خاص بذلك على رأى .

القانون الفرنسى  
القديم

وبقيت تقاليد القانون الرومانى فى القانون الفرنسى القديم . ولم يكن

يسمح للجامعة بأن تتألف الا بترخيص ملكي . ولكن متى رخص في تأليفها ، أصبحت شخصا معنويا بمجرد التأليف . وكذلك كان شأن المؤسسات (fondations) .

الثورة الفرنسية

وفي عهد الثورة الفرنسية تقررت حرية الاجتماع ، فأصبح من حق كل جماعة أن تتألف دون ترخيص خاص بذلك ، ولكن بقي الترخيص ضروريا لمنح الشخصية المعنوية للجماعات المؤلفة . ومن هنا وجد التمييز بين حق تأليف الجماعات ، وهذا الحق لا يقتضى ترخيصا خاصا ، وحق الشخصية المعنوية ، ويقتضى الترخيص . وجاء التقنين الفرنسى مؤيدا لهذا التمييز . ولكنه جعل للجامعة سواء في تأليفها أو في كسبها للشخصية المعنوية ، خاضعة لترخيص خاص بكل من الأمرين . ولما قويت روح الجماعة في غضون القرن التاسع عشر ، وكثر تأليف نقابات العمال ونقابات أصحاب الممل ونقابات الموظفين والجمعيات الخيرية والأدبية والعلمية والفنية ، زالت القيود المتقدمة بالتدرج ، وأصبح الآن ، بمقتضى قانون أول يولييه سنة ١٩٠١ في فرنسا ، من حق كل جماعة أن تتألف دون ترخيص ، ومتى قامت ببعض اجراءات معينة تتعلق بالنشر والاعلان عن وجودها ، كسبت الشخصية المعنوية كذلك دون ترخيص ادارى . فالترخيص لم يعد اذن ضروريا في فرنسا لا في تأليف الجماعات ولا في كسبها للشخصية المعنوية . على أن نظام المؤسسات (fondations) استثنى من هذا التسامح ، وظل خاضعا للترخيص الادارى ، فلا يجوز ايجاد مؤسسة تكون لها الشخصية المعنوية الا بعد الحصول على ترخيص ادارى . يعترف لها بأنها تقوم بخدمة عامة (reconnaissance d'utilité publique) .

التقنين الفرنسى

قانون سنة ١٩٠١

## ٢٨ - طرق انشاء الشخص المعنوى :

تبين بما قدمناه أن الشخص المعنوى ، في مراحل تطوره ، تردد بين



أن يكون نشوءه حرا دون حاجة الى ترخيص خاص ، وأن يكون مقيدا بهذا الترخيص . وأن الترخيص ينصب تارة على تأليف الجامعة التي يتكون منها الشخص المعنوي ، فإذا ما تألفت كسبت الشخصية المعنوية من تلقاء نفسها ، وينصب طورا على كسب الشخصية المعنوية ذاتها .

وفي الوقت الحاضر يتطلب أن يكون نشوء الشخص المعنوي حرا غير خاضع للترخيص الإداري . أما الشخص المعنوي العام فيستمد شخصيته من القانون الذي أنشأه ، كما هو الأمر في مجالس المديرية ووزارة الأوقاف والجامعة المصرية في مصر ، على أن الدولة ، وهي السلطة المركزية ، تستمد شخصيتها من العرف والتقاليد .

ثم أن الشخص المعنوي الخاص ، اذا كان جمعية ، يكسب الشخصية بمجرد تأليف الجمعية كما قدمنا ، وهذا ما يقضى به القانون في فرنسا ، وما يقرره القضاء بالنسبة لبعض الجمعيات في مصر . على أن مصر ينقصها تشريع يضاهي التشريع الفرنسي في عمومياته .

واذا كان الشخص المعنوي شركة مدنية أو تجارية ، فإنه يكسب الشخصية المعنوية بمجرد تأليفه طبقا للأوضاع المقررة ، وهذا بمقتضى القانون في فرنسا وفي مصر . وقد صدرت تشريعات خاصة في مصر تعترف بالشخصية المعنوية لبعض الشركات المدنية ، كالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٢٧ بشأن الجمعيات التعاونية . ويلاحظ أيضا أن شركات الأسهم في مصر يشترط في تأليفها أن يصدر بها مرسوم .

بقيت المؤسسات . وهذه تنشأ في ألمانيا وسويسرا باتباع قواعد معينة قررها القانون . ولا يشترط القانون السويسري ترخيصا إداريا بإنشائها . أما في فرنسا وفي مصر فلا توجد نصوص تشريعية تنظم

الشخص المعنوي العام

الشخص المعنوي الخاص :

الجمعيات

الشركات

المؤسسات

للمؤسسات . والطريق في فرنسا الى انشاء المؤسسات هو أن يخصص المنشئ جزءا من ماله للفرض الذى يقصده من المؤسسة ، ثم يحصل بعد ذلك من الجهة الادارية على ترخيص باعتبار المؤسسة من المنافع العامة ، فتصبح بذلك شخصا معنويا له وجود مستقل ، ولكن هذه الشخصية المعنوية لم يخلقها المنشئ . ارادته ، بل الترخيص الادارى هو الذى خلقها . وللمنشئ أن يسلك طريقا غير مباشر ، بأن يهب أو يوصى لشخص معنوى موجود من قبل مالا ، على أن يخصصه الشخص المعنوى للفرض الذى يقصد اليه ، كأن يوصى لمجلس من المجالس البلدية مالا على أن ينشئ به مستشفى أو مدرسة أو نحو ذلك ، ولا بد من الحصول على ترخيص ادارى بقبول الشخص المعنوى لهذا التبرع تطبيقا للدتين ٩١٠ و ٩٣٧ من القانون المدنى الفرنسى ، وأن يكون الفرض الذى خصص له المال داخلا في مهمة الشخص المعنوى . أما في مصر فيمكن انشاء المؤسسات من طريق نظام الوقف ، فيقف المنشئ المال الذى يريد تخصيصه للفرض الذى يقصد اليه ، فيصبح المال موقوفا على هذا الفرض ، ويقوم ناظر الوقف باستئلا له لما خصص له . على أنه من المرغوب فيه أن يوضع في مصر تشريع للمؤسسات على مثال التشريعين السويسرى والألماني ، فان مثل هذا التشريع يكون أكثر مرونة من نظام الوقف ، اذ ينظم ادارة المؤسسة على نحو يتفق مع الحاجات العملية ، ويسمح لجمهور كبير من الناس أن يكتتب في انشاء مؤسسات . حيث لا يسمح نظام الوقف بانشاءها ، وحيث يستعان الآن بطريق ملتزم على الوصول الى الفرض المقصود بانشاء جميعات من الأشخاص لامؤسسات من الأموال . كذلك ينظم هذا التشريع رقابة الجهة الادارية على المؤسسات ( أما في نظام الوقف فالحاكم الشرعية هي التي لها حق الرقابة ) ،

ويرخص المؤسسة أن تتحول من غرض الى غرض آخر ، متى تبين أن الغرض الذى أنشئت من أجله قد فقد أهميته أو أصبح مخالفا لروح الزمن أو للنظام العام . كل هذه مزايا لا تتوافر فى نظام الوقف . هذا الى أن الوقف يجب أن ينتهى الى حبة ير لا تنقطع ، فلا يمكن اذن وقف مال على مشروعات اجتماعية أو اقتصادية ابتداء وانتهاء ، اذا لم تدخل هذه المشروعات فى دائرة جهات البر .

٢٨ — كيف يعيش الشخص للمعنى

(نشاط القانونى)

٢٩ — مظاهر النشاط القانونى للشخص المعنوى :

أهلية وجوب وأهلية أداء من أنشئ الشخص للمعنى على الوجه التقسّم ، كان له من النشاط القانونى ما يضاف به الشخص الطبيعى . فالشخص للمعنى ، كالشخص الطبيعى ، أهلية وجوب وأهلية أداء .

والشخص للمعنى ، كالشخص الطبيعى ، متعلقات : الاسم والوطن والجنسية . واذا قصه أن تكون له أسرة ، فذلك يرجع الى طبيعة الأشياء .

٣٠ — أهلية الموهوب :

أهلية الوجوب هى نفس الشخصية كما قلنا . فالشخص للمعنى له أهلية وجوب ، أى أنه يتمتع بشخصية قانونية . وهذا هو أكبر ميز للشخصية للمعنى .

ضروب للنشاط القانونى

ويرتب على ذلك أن الشخص المعنوى يحيا حياة قانونية كالشخص الطبيعى . فله أن يملك ، وأن يتصرف فى ملكه ، وأن يتعاقد ، وأن يتقاضى . وبالجملة تندمج الجماعة فى شخص واحد ، يتقدم الى ميدان

النشاط القانوني باسمه ، بعد أن تغنى فيه جميع الأفراد التي دخلت في تكوينه . وهذه هي للزيرة الكبرى للشخصية المعنوية كما قدمنا .

على أن أهلية الوجوب للشخص المعنوي يرد عليها قيدان ، قيد يرجع لطبيعة الشخص المعنوي ، والقيد الآخر يرجع الى مبدأ التخصيص (principe de spécialité) الذي يسود نظام الشخصية المعنوية .

قيدان :

أما ما يرجع لطبيعة الشخص المعنوي ، فمن ذلك روابط الأسرة . وقد قدمنا أن طبيعة الشخص المعنوي تأبى أن تكون له أسرة . فلا يتصور أن يترتب للشخص المعنوي حقوق من الزواج أو البنوة أو نحو ذلك . ويرجع كذلك الى طبيعة الشخص المعنوي أن تنعدم مسؤوليته الجنائية ، فشرط هذه المسؤولية القصد الجنائي ، والقصد الجنائي لا يتوافر الا عند الشخص الطبيعي .

طبيعة الشخص  
المعنوي

ومبدأ التخصيص الذي يقيد من أهلية الشخص المعنوي يقضى بأن هذا الشخص إنما أنشئ لفرض معين قد تخصص لتحقيقه . فنشاطه القانوني يتحدد بهذا الفرض ، ولا يجوز له أن يجاوزه . وكل عمل قانوني يقوم به يجب أن يكون داخلًا في دائرة هذا التخصيص . مثل ذلك جمعية خيرية ، لا يجوز لها أن تقوم بأعمال تجارية . وشركة تجارية ، لا يجوز لها أن تقوم بعمل ميساسي ، ومؤسسة لاحدى المستشفيات ، لا يجوز لها أن تنشئ ملجأ أو مدرسة ، وهكذا . وإذا كان مبدأ التخصيص منطقيًا ، فهو أيضًا عملي من شأنه أن يدفع خطر ينحشيان عادة من الشخص المعنوي ، أولهما أن الشخص المعنوي جدير أن يجمع من أسباب القوة ما يجعله خطرًا على الدولة ، فينبغى إذن أن يحدد نشاطه . والخطر الثاني أن اللال الذي يملكه الشخص المعنوي ، ما لم يكن هذا الشخص شركة ، يخرج

مبدأ التخصيص

حائرة التعامل (main morte) وفي هذا ضرر ينبغي تلافيه بتقيد ما يحق للشخص المعنوي أن يملكه ، بالنظر الى الفرض الذى أنشئ من أجله .

### ٣١ - أهلية الاداء :

أهلية الاداء، الكاملة للشخص المعنوي ، بوجه عام ، أهلية أداء كاملة . اذ يستطيع أن يستعمل الحقوق التى يتمتع بها ، واذا كانت طبيعة الشخص المعنوي تأبى عليه ، وهو فكرة مجردة ، أن يستعمل الحقوق الا من طريق أشخاص طبيعية يمثلونه فى استعمال هذه الحقوق . فان هذا لا يعنى أى نقص فى أهلية الاداء للشخص المعنوي .

أهلية الاداء الناقصة على أن هناك أشخاصاً معنوية عامة ناقصة أهلية الأداء . فلا تستطيع استعمال الحقوق التى تتمتع بها ، أو استعمال بعضها ، الا بتخصيص أو تصديق من السلطة المركزية . مثل ذلك مجالس اللديريات والمجالس البلدية تخضع فى بعض قراراتها لتصديق وزارة الداخلية ، ومجلس الجامعة المصرية يخضع فى أكثر قراراته لتصديق وزير المعارف .

### ٣٢ - اسم الشخص المعنوي :

لشخص المعنوي اسم يميزه كالمشخص الطبيعي . ويتوزع الاسم عادة من الفرض الذى أنشئ الشخص المعنوي لتحقيقه .

وفى الشركات التجارية ، اذا كانت شركات تضامن أو توصية ، يتخذ اسم واحد أو أكثر من الشركاء التضامنين اسماً للشركة . أما شركات الأسهم فيتخذ الفرض المقصود منها اسماً لها .

### ٣٣ - موطن الشخص المعنوي :

وللشخص المعنوي موطن يحدد عادة بأنه محل العمل الرئيسى . وفى

تحديد هذا الموطن نفس الفوائد التي تتحقق في تحديد موطن للشخص الطبيعي .

فروع في حيات مختلفة

على أن كثيرا من الأشخاص المنوية ، كالشركات مثلا ، يكون لها فروع في جهات مختلفة . فيبقى موطنها في المحل الرئيسي ، على أنه يجوز أن تقاضى أمام المحاكم التي توجد هذه الفروع في دائرة اختصاصها .  
ويلاحظ أن الحكومة المصرية تقاضى أمام محاكم معينة حددها القانون ولا تنفرد محكمة مصر بالاختصاص .

### ٣٤ - مفهوم الشخص المعنوي :

جنسية الوطن

والشخص المعنوي جنسية مستقلة عن جنسية الأفراد الذين يدخلون في تكوينه . وتحدد الجنسية بالمقر الرئيسي لأعمال الشخص المعنوي أو موطنه . ويتخذ الشخص المعنوي جنسية الدولة التي يوجد فيها هذا الموطن . فالشركات التي تتخذ مقرا عملها الرئيسي في مصر تكون شركات مصرية . والمبرة بالواقع ، فما دامت الشركة اتخذت بلدا مقرا لعملها الرئيسي ، فقد اتخذت جنسية هذا البلد ، حتى لو ذكر في عقد للشركة بطريقة ضمنية أو بقصد النش أن مقر العمل موجود في جهة أخرى .

الشخص المعنوي  
الأجنبي

بقي أن نعريف حالة الشخص المعنوي في بلد أجنبي . والقاعدة المعترف بها أخيرا أن الشخص المعنوي يبقى محتفظا بشخصيته المنوية في البلاد الأجنبية ، فيتمتع بنشاطه القانوني في هذه البلاد كما يتمتع بذلك في بلده . إلا أن كل بلد أجنبي يستطيع أن يضع من القيود على نشاط الشخص المعنوي الأجنبي ما يتفق مع مصلحته .

٣٥ - كيف يموت الشخص الممنون

( طرق انقضاء الشخص الممنون )

٣٥ - طرق الانقضاء :

ينقضى الشخص الممنون العام بسحب الشخصية الممنونة منه بنص  
القانوني .

الشخص الممنون  
الخاص أما الشخص الممنون الخاص فينقضى بانتهاء الغرض الذي أنشئ من  
أجله . وينتهي كذلك اذا حكم القضاء بطلانه لسبب من الأسباب ، كما  
لو كان مخالفا للنظام العام أو للأداب . وينتهي أيضاً اذا كان الترخيص  
ضروريا في انشائه ثم سحب هذا الترخيص . وينتهي أخيرا اذا قرر ذلك  
الأفراد الذين دخلوا في تكوينه ، ويتبع في هذا الشأن وما تم الاتفاق عليه  
ما بين هذه الأفراد .

٣٦ - تصفية مال الشخص الممنون بعد انقضاء

الامتياز فإذا ما انقضى الشخص الممنون لسبب من الأسباب المتقدمة ، فإن  
حاله يصنف بالطريقة المتفق عليها من قبل ، أو بالطريقة التي يتفق عليها عند  
الانقضاء .

## البَابُ الْإِنِّى

### روابط الأسرة

#### ٣٧ - تقسيم الموضوع :

نستعرض بإيجاز تام أحكام الأسرة فى الشريعة الإسلامية ، فهى  
الشريعة التى تطبق على المسلمين فى مصر ، وعلى غير المسلمين فى كثير من  
الأحكام .

وقد سبق أن قسمنا روابط الأسرة الى روابط شخصية وروابط  
روابط شخصية  
وروابط مالية .  
مالية .

#### ١٨ - الروابط الشخصية

#### ٣٨ - أقسامها :

يمكن تركيز هذه الروابط فى الزواج والنسب .  
الزواج والنسب

#### ٣٩ - الزواج :

الزواج فى الشريعة الإسلامية عقد مدنى ، يتمدد بتوافق الإيجاب  
والقبول ، ويشترط لصحته حضور شاهدين وقت العقد يراد بحضورهما  
العلانية .  
الزواج عقد مدنى

ومتى انعقد الزواج صحىحا ثبتت الزوجية ، ووجب على الزوج تزوجته  
للهر للمسمى أو مهر المثل ، والنفقة ما دامت غير ناشئة .  
واجبات الزوج  
حقوق الزوج  
ولا ولاية له على أموالها ،  
ولا ولاية له على أموالها :



بل لما التصرف في جميعها بلا اذنه ورضاه . ولها أن تقبض غلة أموالها ،  
وتوكل غير زوجها بإدارة مصالحها ، وتنفذ عقودها بلا توقف على أجازته  
مطلقا ، ومهما تكن ثروتها فلا يلزمها شيء من النفقات الواجبة على الزوج .  
أما الشرائع القرية فكثير منها يخالف الشريعة الإسلامية في أمرين :  
(١) في اعتبار الزوجة غير كاملة الأهلية ، ولا بد في نفاذ تصرفاتها من  
إذن الزوج (٢) وفي جعل مال الزوج ومال الزوجة شركة فيما بينهما على  
نحو معين ، وإذا اتفقا على فصل المالين فإن الزوجة تلتزم بقسط من النفقة  
على المنزل .

أما الولاية التأديبية للزوج على زوجته فقد تقررت جزاء لحقوقه  
عليها ، ومن حقوق الزوج على الزوجة أن تكون مطيعة له فيما يأمرها به من  
حقوق الزوجية ويكون مباحا شرعا ، وأن تصون نفسها ، وأن تكون  
محافظة على ماله . ويباح للزوج تأديب زوجته تأديبا خفيفا على كل  
معصية لم يرد في شأنها حد مقدر ، ولا يجوز له أصلا أن يضربها ضربا  
فاحشا ولو بحق . وإذا شكت المرأة نشوز زوجها وضربه إياها ضربا فاحشا  
ولو بحق ، وثبت ذلك عليه بالينة ، يعذر .

#### الطلاق

وينقضى الزواج بالطلاق والزوج هو الذي يملك الطلاق ، وتملكه  
الزوجة بالشرط . والطلاق رجعي وبائن ، فالرجعي لا يرفع أحكام الزواج ،  
وتبقى الزوجية قائمة ما دامت الزوجة في العدة ، وللزوج أن يراجع زوجته  
في هذه المدة دون عقد ومهر جديدين ، ولا يملك الرجعة بعد انقضاء المدة .  
والطلاق البائن يرفع أحكام الزواج ويزيل ملك الزوج في الحال ، ولا  
يجوز للزوج مراجعة زوجته إلا بعقد ومهر جديدين . وإذا وقع الطلاق ،  
فإن كان أو بائنا ، مرتين ، فالطلاق للمرة الثالثة يكون طلاقا بائنا يبتنة

كبرى ، يزيل الملك والحل ، ولا يجوز للزوج أن يراجع زوجته ، حتى ولا بعقد ومهر جديدين ، بل لا ترجع إليه الا اذا تزوجت من غيره ولا يكون رجوعها الا اليه بعقد ومهر جديدين .

الحلح      وقد يكون الطلاق باتفاق بين الزوج والزوجة ، ويسمى خلعاً ، ويقع الخلع طلاقاً بائناً ، سواء كان بموضع أو بغير عوض . .

#### ٤٠ - النسب :

ثبوت النسب      والنسب لا يثبت الا بالزواج الصحيح . فاذا ولدت الزوجة ، حال قيام الزواج الصحيح ، ولما تمام ستة أشهر فأكثر من حين عقد الزواج ، ثبت نسبه من الزوج ، الا اذا فاه وتلاعن مع زوجته <sup>(١)</sup> ، فيفرق ما بين الزوجين ، ويقطع نسب الولد من أبيه ويلحق بأمه ، وتعتبر الفرقة باللعان طلاقاً بائناً . واذا جاءت الزوجة بالولد لأقل من ستة أشهر منذ تزوجها ، فلا يثبت نسبه من الزوج الا اذا ادعاه ولم يقل أنه من الزنا .

الرضاع      ويترتب على النسب حقوق وواجبات ، من رضاع وحضانة وتعليم ونفقة . والأم ترضع ولدها ولا تأخذ أجره على ذلك ما دامت الزوجية قائمة . والأم كذلك أحق بحضانة الولد وتربيته ، ولا تأخذ أجراً ما دامت الزوجية قائمة ، وتنتهى الحضانة باستثناء الغلام عن خدمة النساء وذلك اذا بلغ تسع سنين ، وتنتهى مدة حضانة الصبية ببلوغها أحد عشر عاماً ، وللأب

(١) وطريقة اللعان هي الواردة في قوله تعالى : « والذين يرمون أزواجهم ، ولم يكن لهم شهود الا أنفسهم ، فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله انه لمن الصادقين ، والخامسة أن لست الله عليه ان كان من الكاذبين ، ويدركها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله انه لمن الكاذبين ، والخامسة أن غضب الله عليها ان كان من الصادقين » .

التعليم  
النفقة

أخذها حينئذ من الحاضنة . ويطلب من الأب أن يعنى بتأديب ولده وتربيته وتعليمه ما هو ميسر له من علم أو حرفة وحفظ ماله . ويطلب منه أيضا أن ينفق على ولده اذا لم يكن للولد مال ، حتى يصل الذكر الى حد الاكتساب ويتزوج الأنثى . واذا كان الأب معسرا فتجب النفقة على الأم اذا كانت موسرة . واذا كان الأبوان معسرين ، وللولد أقارب موسرون كلهم ورثة ، فنفقته عليهم بقدر استحقاقهم في الارث . كذلك يجب على الولد للورث النفقة على أصوله غير القادرين على الكسب . وتجب النفقة بوجه عام لكل رحم محرم قدير تحمل له الصدقة على من يرثه من أقاربه بقدر ارثه منه ، ويجبر القريب عليها ان أبى وهو موسر .  
ويتربن على النسب كذلك ولاية على المال . وقد تقدم الكلام على الولي والوصى والقيم .

#### § ٢ الروابط المالية

##### ٤١ — أقسامها :

مر بنا في الروابط الشخصية حقوق مالية كال مهر والنفقة . ونضيف إليهما هنا الميراث ويلحق به الوصية والهبة والوقف .

##### ٤٢ — الميراث :

يعتبر الميراث داخلا في دائرة الأحوال الشخصية من حيث أن الوارث يستحق تركه مورثه باعتبار أنه فرد من أسرته .

واذا خلف لليت مالا بدى بسداد ديونه ، اذ لا تركه الا بعد سداد الدين . ثم تأتى مصاريف تجهيز لليت ودفنه ، ثم تنفيذ وصاياه . ثم يقسم الباقي من التركة بين ورثته الشرعيين .

الحقوق في التركة

أصحاب الفروض والورثة الشرعيون هم أصحاب الفروض والمصبات وذوو الأرحام (وهذا غير الولاء) . فأصحاب الفروض لهم سهام مقدرة في التركة ، مثل ذلك الزوج له النصف أو الربع والزوجة لها الربع أو الثمن ، والأب له السدس والبنات لها النصف الخ . والمصبات هم من يتصلون بالميت في سلسلة من النسب كلها ذكور ليس فيهم أنثى . وإذا وجد عاصب يأخذ كل التركة ان لم يزاحمه غيره ، كما اذا توفي شخص عن ابن فقط . أو يأخذ ما أبقتة أصحاب الفروض ، كما اذا توفي شخص عن زوجة وابن ، فللزوجة الثمن وللابن سبعة الأثمان . فان لم يبق شئ . بعد أخذ أصحاب الفروض لفروضهم فلا ميراث للعاصب . وجهات التعصيب أربع : البنوة والابوة والأخوة . والصومة . وذوو الأرحام هم كل ذى قرابة ليس صاحب فرض ولا عاصباً ، ويأخذون التركة عند عدم أصحاب الفروض والمصبة جميعاً ، ويأخذون ما يبقى منها مع أحد الزوجين .

#### ٤٣ - الوصية :

وتلحق الوصية بالميراث ، لأنها من قبيل للميراث بارادة للميت نفسه . والقاعدة أنه لا تجوز الوصية لوارث الا باجازه بقية الورثة . وتجوز الوصية لغير وارث بشرط ألا يزيد القدر الموصى به على ثلث التركة ، فان زاد فلا بد من اجازة الورثة .

وقبول الموصى له ولا يملك الموصى له الوصية الا اذا قبلها صراحة أو دلالة ، وقمته ملكيته لها من وقت موت الموصى لا من وقت القبول .

#### ٤٤ - الهبة :

ويمكن الحاق الهبة بالميراث كذلك من حيث أن الهبة تكون عادة ، للفرق بين الهبة والوصية . والفرق بين الهبة والوصية ، أن الوصية تخليك للأقارب باعتبارهم كذلك .

مضاف الى ما بطلت ، أما الهبة فتتليك في الحال ، وكلها بمنع عوض .  
ويجوز هبة كل المال لو ارث أو لغير وارث . ولا تصح الهبة الا مقبوضة .

ويجوز الرجوع في الهبة الا اذا وجد مانع من موانع الرجوع ، ومن  
هذه الموانع موت أحد العاقدين أو وجود صلة قرابة أو زوجية بينهما . واذا  
أراد الواهب الرجوع عند عدم وجود المانع ، فلا يكون ذلك الا بالتراضي  
أو بحكم التقاضى .

#### ٤٥ - الوقف :

والحاق الوقف بالميراث يأتي باعتبار أن الوقف يمدل كثيرا من أحكام  
الميراث . فيه يجوز اعطاء الاثنى كالتكر ، وبه يجوز حرمان الوارث ، وبه  
يجوز اعطاء غير الوارث .

والوقف هو حبس المين على حكم ملك الله تعالى والتصدق بالمنفعة .  
وهو قسمان خيرى وأهلى . فالخيرى ما كان المستحق فيه مباشرة جبة بر لا  
تنقطع . والأهلى ما كان للمستحق فيه أولا أفرادا من الناس يكونون عادة  
من أهل الواقف ويتعاقبون جيلا بعد جيل ، ثم اذا انقضى هؤلاء كان  
للمستحق جبة بر لا تنقطع . فالوقف خيرى كان أو أهلى ، ينتهى دائما الى  
جبة البر .

وقد رأينا أن الوقف في الشريعة الاسلامية يقوم الى حد ما مقام  
للؤسسات في الشرائع الترية والمين للوقوفة لا يجوز التصرف فيها ، الا  
في أحوال معينة وبشروط مخصوصة . وغلة المين هى التى تصرف  
للمستحقين . ويتولى ادارة المين واستغلالها ناظر الوقف ، ويحاسبه  
المستحقون على مقادير استحقاقهم وهو خاضع لرقابة المحكمة الشرعية .

الوقف يمدل أحكام  
الميراث

الوقف الخيرى  
والوقف الأهلى

نظام الوقف

## المعاملات المالية

تمهيد

تقسيم الأموال — تقسيم الحقوق — الزمة المالية

٤٦ — تعريف المال :

المال هو كل شيء يمكن أن تترقب عليه حقوق للشخص .

٤٧ — تقسيم الأموال :

ويمكن تقسيم الأموال الى تقسيمات كثيرة من وجوه مختلفة . نذكر منها التقسيمات الآتية .

تقسيم المال الى عقار ومنقول — تقسيمه الى قيمي ومثلي — تقسيمه الى غير قابل للاستهلاك وقابل له .

٤٨ — العقار والمنقول (Immeuble et meuble) :

ينقسم المال الى عقار ومنقول . فالعقار هو المال الثابت الذي لا يمكن نقله من مكان الى آخر كالأرض والمباني . والمنقول هو المال غير الثابت الذي يمكن نقله من مكانه كالركبات والسيارات والحيوانات .

وقد كان لهذا التقسيم ، قبل التطور الاقتصادي الحديث ، أهمية كبيرة ، اذا كان العقار هو المال ذو القيمة ، أما المنقول فقد كان ناقصا لا قيمة له (res mobilia, res villis) . ولكن الظروف الاقتصادية المتطورة أخذت تمل من قيمة المنقول ، وأصبح في المنقولات ما تفوق قيمته العقار ، كالأوراق المالية والأسهم والسندات .

على أن التمييز بين العقار والمنقول لا يزال ذا أهمية جوهرية من الناحية القانونية . ونذكر هنا بعض وجوه هذه الأهمية : (١) التصرف في العقار يجب أن يشهر بطريق التسجيل أو القيد ، أما التصرف في المنقول فلا يشهر ، وتغنى الحيازة في المنقول عن ذلك (٢) العقار وحده هو الذي يجوز رهنه رهنا رسميا (hypothèque) ، دون المنقول . (٣) الشفعة لا تكون الا في العقار (٤) دعوى الفبن الفاحش لا تكون الا في العقار (٥) التنفيذ على العقار محوط بإجراءات معقدة وضمانات أوفر من اجراءات التنفيذ على المنقول — ويلاحظ أن بعض هذه الوجوه راجع الى طبيعة العقار والمنقول ، كما في التسجيل والرهن الرسمي والشفعة ، والبعض الآخر راجع الى أن العقار محدود أعلى قيمة من المنقول ، كما في الفبن والتنفيذ . وهناك منقولات تعد عقارا بالتخصيص ، اذا خصصت لخدمة عقار ، كاللواشى والآلات الزراعية اذا خصصت لخدمة الأرض . وهناك عقار يعد منقولا بحسب المآل كالباتى اذا بيعت مستحقة الهدم والأشجار اذا بيعت مستحقة القلع .

#### ٤٩ — القيمى والمثل (Non fongible et fongible) :

القيمى هو ما لا تتمدد آحاده . مثل ذلك منزل معين وفرس معين . ويتمين بالتسمية أو الوصف .

والمثل هو ما تتمددت آحاده ، وقام بعضها مقام البعض الآخر . مثل ذلك الغلال والقطن والقماش والبيض . ويتمين اما بالكيل كالغلال ، أو بالوزن كالقطن ، أو بالمقاس كالقماش ، أو بالمد كالبيض .

وأهمية التمييز تظهر فى وجوه مختلفة منها : (١) المقاصة لا تكون الا

فى المثلئ دون القىمى (٢) هلاك المثلئات تكون على المشتري بعد التعيين ولو قبل التسليم ، أما هلاك القىمىات فلا يكون على المشتري الا بعد التسليم .

٥٠ - غير القابل لمستههلك والقابل له (Non consommptible et consommptible)

المال غير القابل للاستهلاك هو ما يتكرر الانتفاع به مع بقائه كالمنزل والفرس والقماش .

والمال القابل للاستهلاك هو ما لا ينتفع به الا باستهلاكه استهلاكاً مادياً ، كما فى الغلال والمأكولات ، أو استهلاكاً معنوياً ، كما فى النقود فانها لا ينتفع بها الا اذا خرجت من ملكية المنتفع .

ومن وجوه أهمية هذا التمييز أن عارية الاستهلاك لا تقع الا على أشياء قابلة للاستهلاك ، وعارية الاستعمال لا تقع الا على أشياء غير قابلة للاستهلاك .

والغالب أن المثلئ يكون قابلاً للاستهلاك كما فى الغلال ، ولكن قد يكون المثلئ غير قابل للاستهلاك كما فى القماش .

والغالب كذلك أن القىمى يكون غير قابل للاستهلاك كما فى المنزل والفرس . ولكن قد يكون القىمى قابلاً للاستهلاك كما فى النقود اذا أعيرت للعرض أو للصرف .

وتقسم المال الى قىمى ومثلئ يرجع الى قصد التعاملين والغرف الجارى . أما تقسيمه الى غير قابل للاستهلاك وقابل له فيرجع الى طبيعة المال ذاته .



٥١ - تعريف الحق وأقسامه :

الحق مصلحة يحميها القانون لشخص معين .

ويمكن تقسيم الحقوق مبدئيا الى حقوق سياسية ، وهى حقوق يكسبها الشخص باعتباره عضوا فى هيئة سياسية كحق الانتخاب وحق الترشيح ، وحقوق غير سياسية .

والحقوق غير السياسية تنقسم الى حقوق عامة ، وهى حقوق قررت لحماية الشخص فى نفسه وحرية وماله ، كحق الحياة والحرية وحرمة الملكية ، وحقوق مدنية .

والحقوق المدنية تنقسم الى حقوق الأسرة ، وهى الحقوق التى تقدم ذكرها وتنشأ عن الزواج والنسب ، وحقوق مالية .

والحقوق المالية تنقسم الى حقوق عينية وحقوق شخصية . وهذا هو التقسيم الجوهري الذى وقف عنده .

٥٢ - الحق العيني والحق الشخصى : (droit réel et droit personnel)

الحق العيني سلطة معينة يعطيها القانون لشخص معين على شيء معين .  
والحقوق العينية محصورة فى القانون ، وهى الملكية ، وحق الانتفاع ويلحق به السكنى والاستعمال ، وحقوق الارتفاق ، وحق الحكر ، وحق المستحق فى الوقف وهذه حقوق عينية أصلية — وحق الرهن بنوعيه من حيازة ورسمى ، وحق الاختصاص ، وحقوق الامتياز ، وحق الحبس — وهذه حقوق عينية تبعية .

أما الحق الشخصى ، أو الالتزام ، فهو رابطة ما بين شخصين ، دائن ومدين ، يخول الدائن بمقتضاها مطالبة المدين بعمل أو بالامتناع عن عمل .

ولا يمكن حصر الالتزامات بذراتها كما تحصر الحقوق العينية ، وإنما تحصر الالتزامات بمصادرها .

وكل من الحق العيني والحق الشخصي سلطة للشخص على المال .  
ولكن السلطة في الحق العيني تنصب مباشرة على المال دون وساطة مدين معين ، أما السلطة في الحق الشخصي فتتصل بالمال بطريق غير مباشر وبوساطة مدين معين . ولما كان الحق العيني سلطة مباشرة على الشيء ، فلصاحبه حق تتبع هذا الشيء (droit de suite) في يد أى شخص انتقلت اليه ملكيته . وله أيضا حق التقدم على جميع الدائنين الشخصيين . (droit de préférence) في تقاضى حقه من الشيء ، فإن هؤلاء ليست لهم الا سلطة غير مباشرة على الشيء .

أوجه التمييز بين  
الحق العيني والحق  
الشخصي

وسيكون كلامنا في المعاملات المالية مقسما على باين : الباب الأول في الحقوق العينية ، والباب التالى في الحقوق الشخصية أو الالتزامات .

وتقول كلمة قبل ذلك في القمة للمالية .

٥٣ — المزمع المالية (Patrimoine) :

يمكن تعريف القمة للمالية تعريفا مبدئيا بأنها مجموع ما للشخص وما عليه من حقوق والتزامات مالية . فالقمة للمالية تتكون اذن من عنصرين : عنصر ايجابى وهو مجموع الحقوق ، وعنصر سلبى وهو مجموع الالتزامات . وقد تكون القمة للمالية دائنة اذا زاد العنصر الايجابى على العنصر السلبى ، وقد تكون مدينة اذا كان الأمر عكس ذلك .

تعريف القمة المالية

والأمر الجوهري في نظرية القمة للمالية هو أنها جلت من حقوق

الشخص والتزاماته مجموعة واحدة (universalité) ، فأدماج كل الحقوق وكل الالتزامات في هذه المجموعة هو الشيء الجديد ، الذي نستقصي أصله التاريخي ، وتسليله المنطقي ، ونتأمله القانونية .

أصلها التاريخي

أما الأصل التاريخي فيرجع الى القانون الروماني ، اذ كان هذا القانون في مرحلة أولى من مراحل تطوره ، لا يجعل للدائن سيلا على مال المدين ، بل يقصر سلطة الدائن على جسم مدينه . ثم يسوغ في مرحلة ثانية ، استيلاء الدائن على أموال مدينه الفائب . ويرخص ، في مرحلة ثالثة ، أن يعامل المدين الحاضر معاملة المدين الفائب ، فيحجز الدائن على مال المدين كله كمجموعة واحدة ، ولا يحجز على عين معينة بالقات . ومن هنا وجدت الفكرة التي تقضى بادماج مال الدين في مجموعة لا تتجزأ .

تسليلها المنطقي

وأما التعليل المنطقي لادماج مال المدين في مجموعة ، وجعل هذه المجموعة هي المسئولة عن التزامات المدين ، دون أن تنخصص لهذه المسئولية عين معينة بالقات ، فيرجع في نظرنا الى طبيعة الالتزام الشخصي . وليبان ذلك نفرض أن مال المدين ينحصر في أرض ودار وسيارة . فإذا قلنا أن الدائن يتركز حقه على الأرض بالقات أو على الدار بالقات أو على السيارة بالقات ، فإن ذلك يقتضى أن ينقلب الحق الشخصي الى سلطة مباشرة تنصب على عين معينة بالقات ، أى أن الحق الشخصي ينقلب الى حق مئى ، وهذا لا ينبغى أن يكون . يجب اذن أن نترك فكرة تركيز الحق الشخصي في عين معينة بالقات ، لأن هذه الفكرة تقلب الحق الشخصي الى حق مئى . فليس أمامنا الا أن ننظر الى مال المدين نظرة أخرى ، لا باعتباره أعيانا معينة بالقات ، بل نطرا اليه باعتباره مجموعة من

المال ، وهذه المجموعة تفتى فيها كل هذه العناصر المكونة لها ، وتتميز ذاتية هذه المجموعة عن ذاتية كل عين معينة بالثبات . وخير مثل لذلك هو الشخص المعنوى ، يجمع طائفة من الأشخاص الطبيعيين ، ولكن هذه الأشخاص تفتى جميعا فى شخص معنوى واحد ، ذاتيته مستقلة عن ذاتية كل فرد ، وقد يزد عدد الأشخاص الطبيعيين وقد ينقص ، فلا يؤثر ذلك فى الشخص المعنوى . كذلك هذه المجموعة من المال تفتى فيها الأعيان المينة بالثبات ، ولا تتغير ذاتيتها بتغير هذه الأعيان . فمئد ما نصور الأمر على هذا النحو ، وعند ما نقول أن للدين مجموعة من المال ينظر إليها كمجموعة تفتى فيها كل الأموال المينة بالثبات وتستقل ذاتيتها عن ذاتية كل عين فى هذه المجموعة نكون بذلك قد وضعنا المعنى المراد من « الثمة المالية » .

وتنظريه الثمة المالية من النظريات التى يمكن أن تتبع أصولها فى تاريخها القانونية القانون الرومانى كما قلنا ، ولكنها صيغت صياغة فنية كاملة فى القرن التاسع عشر ، على يد قسطين فرنسين هما أوبرى ورو (Anbry et Rau) . وقد رتب القسيمان على هذه النظرية نتائجها القانونية فيما يأتى : ( أولا ) كل شخص لا بد أن تكون له ذمة مالية ، ولا يهم أن الشخص يملك أعيانا معينة بالثبات أو لا يملك ، فليست الثمة المالية هى هذه الأعيان المينة بالثبات . وما دام الشخص قابلا من الناحية القانونية أن يملك ، فله ذمة مالية . ( ثانيا ) كما أن لكل شخص ذمة مالية ، كذلك كل ذمة مالية يجب أن تستند الى شخص . وكما لا يمكن أن تتصور شخصا دون أن تكون له ذمة مالية ، كذلك لا يمكن أن تتصور ذمة مالية مطقة دون أن يكون لها شخص تستند اليه . ( ثالثا ) لكل شخص ذمة مالية واجبة

لا تتمدد ولا تنجزاً . اذ ما دام كل ما للشخص وما عليه من حقوق والتزامات يتدمج في مجموعة واحدة فلا يتصور تمدد هذه المجموعة أو تجزئتها .

هذه بعض النتائج

وقد بقيت هذه النظرية التقليدية سائدة طوال القرن التاسع عشر . ثم عمد الفقهاء أخيراً ، لا سيما الفقهاء الألمان ، الى قهدها . وهدموا تيجتين من نتائجها الثلاث . سلموا بأن كل شخص لا بد أن تكون له ذمة مالية . ولكنهم لم يسلموا بأن كل ذمة مالية لا بد أن تستند الى شخص ، فهذه هي المؤسسات (fondations) ليست الا ذمة مالية أو مجموعة من المال قائمة بذاتها لا تستند الى شخص ، بل هي نفسها الشخص . ومثل ذلك أيضاً نظامان من نظم الشريعة الاسلامية هما الوقف والتركة قبل سداد الديون . ولم يسلموا كذلك بأن لكل شخص ذمة مالية لا تتمدد ، وذلك لان الشخص قد تكون في ذمته مجموعتان من المال متميزتان ، كالوارث في بعض الشرائع الغريبة اذا قبل تركة مورثه بخيار الجرد (sous bénéfice d'inventaire) فانه يكون له بذلك ذمتان ماليتان ، ذمته الأصلية وذمة مورثه التي انتقلت اليه و بقيت منفصلة عن ذمته .

الفكرة الجوهرية في  
النظرية وما يترتب  
عليها

على أن هناك فكرة جوهرية في نظرية الذمة المالية لا تزال قائمة هي ان الذمة المالية مجموعة من المال ذاتيتها . مستقلة عن ذاتية كل عين من الأعيان ، وهذه المجموعة هي ضمان اللائن . وتترتب على ذلك النتائج الآتية : (١) بما أن الذمة المالية هي ضمان اللائن ، فهي اذن ضمان لكل دائن ، فكل اللائنين الشخصيين متساوون في ذلك ، ويقسمون أموال المدين فيما بينهم قسمة غراماً . (٢) بما أن الذمة المالية التي هي ضمان اللائن لها ذاتية مستقلة عن ذاتية كل عين من أعيانها ، فانها تبقي ضماناً للدين حتى لو زادت

عناصرها الايجابية فيستفيد الدائن من ذلك ، وحتى لو قصبت هذه العناصر ،  
فيضر بذلك . (٣) بما أن التبعة التالية هي مجموعة من المال ، فن تلقى هذه  
المجموعة أوجزءاً منها يستبرخلفاً عاماً (ayant cause à titre universel)  
أما من تلقى عينا معينة بالذات فيعتبر خلفاً خاصاً (ayant cause à titre  
particulier) . فالتمييز ما بين الخلف العام والخلف الخاص ، وهو تمييز  
له خطره في القانون ، قائم على فكرة ادماج المال في مجموعة لا تنجزاً .

## الباب الأول

الحقوق العينية.

٥٤ - تقسيم الموضوع :

قدمنا أن الحقوق العينية معينة على سبيل الحصر . لذلك نستعرضها  
أولا لتبين نطاق هذه الحقوق ، ثم نرى الطرق المختلفة لكسبها .

## الفصل الأول

نظام الحقوق العينية

٥٥ - الحقوق العينية الأصلية والحقوق العينية التبعية :

وتنقسم الحقوق العينية الى أصلية وتبعية . ذلك أن الحق العيني قد  
يكون حقا قائما بذاته لا يتبع حقا آخر ، كحق الملكية وحقوق الارتفاق ،  
وقد يكون حقا مقررا لضمان حق آخر يتبعه وجودا وعدما ، كحق الرهن  
وحقوق الامتياز .

## المبحث الأول

الحقوق العينية الأصلية

٥٦ - تعداد هذه الحقوق :

الحقوق العينية الأصلية هي حق الملكية ، وهو أكبر الحقوق  
العينية وأوسعها نطاقا ، ثم الحقوق الأخرى المنفردة عن حق الملكية ،  
وهي حقوق الانتفاع وحقوق الارتفاق .

١ - حق الملكية

٥٧ - نطاق حق الملكية وقبوره :

حق الملكية ، كما قلنا ، هو أوسع الحقوق العينية نطاقا . وهو حق بمقتضاه يكون لشخص دون غيره استعمال شيء معين واستغلاله والتصرف فيه . فحق الملكية هو أكثر الحقوق العينية شمولا ، إذ يشمل على حق الاستعمال وحق الاستغلال وحق التصرف . فإذا جرد منه حق التصرف وبقي حقا الاستعمال والاستغلال . انقلبت الملكية الى حق انتفاع . فإذا جرد من حق الانتفاع حق الاستغلال وبقي الاستعمال ، انقلب حق الانتفاع الى حق استعمال . فإذا قيد الاستعمال بوجه معين ، وكان هذا الوجه فائدة مقررّة على عقار لمنفعة عقار آخر ، صار هذا حق ارتفاق . ومن ذلك نرى تدرج الحقوق العينية من السمة الى الضيق : أكثرها اتساعا هو حق الملكية ، فحق الانتفاع ، فحق الاستعمال ، فحق الارتفاق .

تموج الحقوق  
العينية

وحق للملكية يمتاز عن سائر الحقوق العينية بأنه حق دائم لا ينقضى . قد ينتقل من شخص الى آخر ، حال حياة المالك أو بعد موته ، ولكن الحق نفسه هو الذى ينتقل ، لا حق جديد آخر ، فهو يتأبد بانتقاله .

حق الملكية حق دائم

ولا يمكن تبرير حق للملكية ، بهذا التأيد ، الا على أساس أنه ثمرة العمل . فالعامل ينال جزاء عمله ما لا يكون له حق ادخاره ، ويصبح ملكا مؤبدا له بهذا المعنى .

تبرير حق الملكية

على أن حق للملكية ليس حقا مطلقا ، إذ يرد عليه قيود شتى ، يمكن حصرها في أنواع ثلاثة : ( أولا ) القيود القانونية ، وهذه يقرها القانون للمصلحة العامة ، كما في القيود المقررة لتنظيم المدن والقيود المتعلقة بالتحال

قيود حق الملكية



المقلقة للراحة والمضرة بالصحة والخطرة . (ثانيا) القيود التضائية ، وهذه يحد بها القضاء من اطلاق حق الملكية ، فيوجب على المالك ألا يسمى استعمال ملكه ، ويدخل هنا في نظرية التصف في استعمال الحق (théorie de l'abus du droit) . (ثالثا) القيود الانفاقية . وهذه يتفق عليها عادة بين طرفين ، أحدهما ينقل ملكيته للآخر ، ويشترط عليه عدم جواز التصرف (clause d'inaliénabilité) . وشرط عدم جواز التصرف يعتبر صحيحا اذا كان موقتا وله مسوغ شرعى .

#### ٥٨ - أنواع الملكية :

الملكية المادية :  
الملكية المفزعة  
الملكية الشائعة  
الملكية المشتركة

يمكن تقسيم الملكية تقسيما أوليا الى ملكية مادية وملكية معنوية . وتنقسم الملكية المادية الى ملكية مفزعة وملكية شائعة وملكية مشتركة . فالملكية المفزعة تنصب على شيء معين مفزوع تخلص ملكيته لشخص معين . والملكية الشائعة تنصب على جزء شائع من شيء معين ، النصف أو الربع مثلا ، تخلص ملكيته لشخص معين . والشيوخ حالة غير مرغوب فيها لأنها تشل كثيرا من نشاط المالك ، اذ يتوقف كثير من تصرفاته على أجازة شركائه في الشيوخ أو على نتيجة القسمة ، لذلك أباح القانون لكل شريك في الشيوخ أن يطالب شركاءه بالقسمة ، ولا يجوز الاتفاق على البقاء في الشيوخ لمدة تزيد على خمس سنوات . أما الملكية المشتركة فلا تنصب على جزء مفزوع أو جزء شائع تخلص ملكيته لشخص معين ، بل المال المملوك ملكية مشتركة يكون ملك كل الشركاء مجتمعين ، وليس لواحد منهم منفردا حق ما على الشيء المملوك أو على جزء شائع منه أو مفزوع .

الملكية المعنوية

ويراد بالملكية المعنوية الملكية الأدبية والفنية والصناعية *Propriété*

(littéraire, artistique et industrielle) وهي حق المؤلف في مؤلفاته ،  
وحق الفنان في منتجاته الفنية كالرسم والتصوير والنحت والموسيقى  
والتلحين ، وحق المخترع في مخترعاته الصناعية . وليس المقصود بهذه  
الملكية المعنوية حقا واقعا على شيء مادي ، فحق المؤلف الذي تقصده هنا  
هو حقه فيما صدر عنه من أفكار ومعان ، لا حقه في نسخة أو نسخ معينة  
من مؤلفاته . ونفى بحقه في الأفكار والمعاني التي صدرت عنه حق استغلال  
ذلك استغلالا ماليا بالنشر أو الترجمة أو غير ذلك . ويحمي كثير من  
الشرائع الغربية الملكية المعنوية بمختلف أنواعها ، ويحدد لصاحبها مدة  
معينة يتمتع فيها بملكيتها ، تكون عادة طول حياته ومن بعد موته ينتقل  
الحق الى ورثته مدة تتراوح بين سبع سنوات وخمسين . فحق الملكية المعنوية  
يكون بهذا الاعتبار حقا موقوتا لا دائما كحق الملكية المادية . أما في مصر  
فلم يصدر حتى الآن تشريع ينظم الملكية المعنوية . ولكن القضاء يحمي  
هذه الملكية ويستند في حمايتها الى قواعد العدالة والقانون الطبيعي .

## ٢ — حقوق الانتفاع

### ٥٩ — تعرّف هذه الحقوق :

نريد بحقوق الانتفاع : (١) حق الانتفاع (٢) حق الاستعمال  
(٣) حق السكنى (٤) حق الحكر (٥) حق المستحق في الوقف .

### ٦٠ — هو الانتفاع :

تعريف حق الانتفاع      حق الانتفاع كما عرّفه القانون المصري هو حق للمستفيد في استعمال  
ملك غيره واستغلاله .

حقوق المنتفع      . فحقوق المنتفع تتضمن إذن : (١) استعمال الشيء فيها وضع له ، فإذا

كان منزلا كان له سكناه ، واذا كان أرضا زراعية فله زراعتها الزراعة للمتادة ، واذا كان سيارة كان له أن يركبها الركوب للمتاد وهكذا .  
(٢) استقلال الشيء وذلك بالحصول على ثمرته . والثمره قد تكون طبيعية كمحصولات الأرض الزراعية وقد تكون مدنية كأجرة الأرض والنزل .  
وليس للمتفع أن يتصرف الا في حق الانتفاع . أما رقة العين للمتفع بها فليست له ، بل هي للبالك .

وينقضى حق الانتفاع بطرق مختلفة أهمها : (١) انقضاء المدة المحددة اهتمام حق الانتفاع  
(٢) ترك للمتفع حقه (٣) موت المتفع ، وذلك لأن حق الانتفاع لا ينتقل الى الورثة .

ومتى انقضى حق الانتفاع ، فان مالك الرقة يصبح مالكا للعين ملكية تامة .

#### ٦١ - حق الاستعمال وحق السكنى :

وقد ينحصر حق الانتفاع في حق الاستعمال أو في حق السكنى .

حق الاستعمال يشمل استعمال الشيء فيما وضع له ، وكذلك الحصول على غلته الطبيعية . ويتمتع الحصول على الثلة المدنية ، فلا يجوز لصاحب حق الاستعمال استقلال الشيء بإيجاره .

أما حق السكنى فمقصود على الانتفاع بمحلات السكنى بالسكن فيها ، ولا يجوز الانتفاع بغير السكن . كذلك لا يجوز الاستقلال . والمظهر العملي لحق السكنى هو أن يوصى شخص لأفراد أسرته بسكنى منزل الأسرة طول حياتهم .

وكل من حق الاستعمال وحق السكنى ينقضى بنفس الطرق التي ينقضى بها حق الانتفاع .

## ٦٢ - من المحكر :

وحق المحكر حق عيني يثبت بمقتضى عقد أيجار بين مالك العقار والمحكر . ويكون الأيجار الى الأبد أو الى مدة طويلة في مقابل أجرة المثل .  
والعادة أن العقار المؤجر يكون وقفا غربا ولا يكتفى ريعه لتصليحه ، ولا يمكن استبداله ، فيلجأ ناظر الوقف الى تحكيكه بعد أخذ إذن القاضى .  
ولكن يجوز أيضا أن يكون المحكر موضوعه عقار غير موقوف .

تعريف المحكر

العقار المحكر

والمحكر يستمتع بالعقار الى الأبد أو طول المدة المعينة ، وله أن يحدث تصليحات فى العقار . ويلتزم بدفع الأجرة ، وهى زهيدة فى العادة .  
وتختلف الأجرة زيادة وقصا حسب ارتفاع أو نزول سعر ايجار الأرض المحكرة ، بقطع النظر عما أحدثه فيها المستأجر من التصليحات والتحسينات ، لأن أجرة المحكر هى دائما أجرة المثل .

حقوق المحكر  
والالتزامات

## ٦٣ - من المستحق فى الوقف :

ويمكن تكييف حق المستحق فى الوقف بأنه حق عيني . ويجب أن نميز بين حق المستحق على العين الموقوفة ، وهذا هو الحق العيني ، وبين حقه فى ذمة ناظر الوقف ، وهذا حق شخصى . الحق الأول حق لا يجوز للمستحق أن يتنازل عنه أو أن يرهنه ، ويبقى ثابتا له مدى الحياة . أما الحق الشخصى الثابت فى ذمة ناظر الوقف فيجوز التنازل عنه ورهنه .

حق على العين  
الموقوفة وحق فى  
ذمة الناظر

وتقارن بين الحق العيني للمستحق فى الوقف وبين حق الانتفاع مقارنة موجزة : (١) فالمستحق فى الوقف بخلاف المنتفع ليس له أن يستعمل العين الموقوفة باعتباره مستحقا ، وليس له أن يستقلها بنفسه . بل كل ما له هو أن يستغل العين من طريق ناظر الوقف ، ويحصل على غلتها حقا شخصيا فى

المقارنة بين حق  
المستحق فى الوقف  
وحق الانتفاع

في ذمة الناظر . (٣) يبقى حق المستحق في الوقف طول حياته ، أما حق المنتفع فقد يبقى طول الحياة وقد ينتفى قبل ذلك .

### ٣ - حقوق الارتفاق

٦٤ - تعريف الارتفاق والمقارنة بينه وبين حق الانتفاع :

تعريف الارتفاق

حق الارتفاق هو تكليف مقرر على عقار لمنفعة عقار آخر .

مقارنة بين حق  
الانتفاع وحق  
الارتفاق

ويختلف حق الارتفاق عن حق الانتفاع بما يأتي : (١) حق الارتفاق لا يكون الا لعقار معين أيا كان مالك هذا العقار . أما حق الانتفاع فيكون لشخص معين . (٢) أما حق الانتفاع فيقع على العقار والمنقول (٣) حق الارتفاق قد يكون دائما وقد يكون مؤقتا . أما حق الانتفاع فلا يكون الا مؤقتا ، ينتفى حتما بموت المنتفع .

٦٥ - تقسيم حقوق الارتفاق :

تقسم حقوق الارتفاق :

(أولا) الى حقوق ارتفاق مستمرة وحقوق ارتفاق غير مستمرة (Servitudes continues et discontinues). الحق الذي يمكن استعماله دون تدخل الانسان ، كحق للطل ، وحق الجرى وحق الارتفاق غير المستمر هو الحق الذي لا يمكن استعماله دون تدخل الانسان ، كحق المرور .

(ثانيا) الى حقوق ارتفاق ظاهرة ، وحقوق ارتفاق خفية (Servitudes apparentes et non apparentes) الحق الارتفاق الظاهر هو الحق الذي تدل عليه علامة مادية ظاهرة ، كحق الجرى . وحق الارتفاق غير الظاهر هو الحق الذي لا تدل عليه علامة مادية ظاهرة ، كحقوق الارتفاق السلبية .

الإيجابية وسلبية (ثالثا) إلى حقوق ارتفاق إيجابية وحقوق ارتفاق سلبية (Servitudes positives et négatives) فحق الارتفاق الإيجابي يتضمن أعمالا إيجابية تقع على العقار المرتفق به ، كحق المرور . وحق الارتفاق السلبي لا يتضمن أعمالا إيجابية ، بل ينحصر في الكف عن عمل ، كحق الارتفاق في عدم البناء على الأرض للرتفق بها ، أو الحق في عدم الارتفاع بالبناء إلا إلى حد معين .

## المبحث الثاني

### الحقوق العينية التبعية

٦٦ - محصر هذه الحقوق :

تنحصر هذه الحقوق فيما يأتي : (١) رهن الحيازة (٢) الرهن الرسمي (٣) حق الاختصاص (٤) حقوق الامتياز (٥) حق الجلس :

١ - رهن الحيازة والرهن الرسمي

٦٧ - ما يشترك فيه الرهنان :

يشترك الرهنان فيما يأتي : (١) يتم كل منهما بمقد بين الراهن ، وهو صاحب العين المرهونة ، والدائن للرهن . (٢) يولد المقد في الحالين حقا عينيا للدائن المرتهن على العين المرهونة . (٣) قيمة هذا الحق العيني في الحالين أن يستوفي الدائن حقه من ثمن العين بعد بيعها في المزاد ، متقدما في ذلك على سائر الدائنين ، إذا لم يستوف هذا الحق من المدين عند حلوله

٦٨ - ما يختلف فيه الرهنان :

ويختلف الرهنان فيما يأتي : (١) عقد رهن الحيازة (nantissement) الكتابة الرسمية

ليس عقدا رسميا ، أما عقد الرهن الرسمي (hypothèque) فلا يتم إلا بكتابة رسمية أمام الموظف المختص . (٢) في رهن الحيازة تنتقل حيازة العين المرهونة الى الدائن المرتهن ، أما في الرهن الرسمي فلا تنتقل الحيازة ، بل تبقى عند الراهن (٣) رهن الحيازة يقع على العقار والمنقول ، أما الرهن الرسمي فلا يقع الا على العقار (٤) رهن الحيازة يجب تسجيله (transcription) ، أما الرهن الرسمي فيجب قيده (inscription) . والفرق بين التسجيل والتقيد أن التسجيل هو نقل صورة كاملة من العقد ، أما التقيد فيقتصر مع ذكر البيانات الجوهرية الواردة في العقد . (٥) في رهن الحيازة يستولى الدائن على غلة الشيء المرهون على أن يخصها من المصاريف والفوائد الدين ، أما في الرهن الرسمي فلا يستولى الدائن على الغلة .

٦٩ - تطور فكرة الرهن .

ولم يكن الرهن في القديم معروفا على هذا النحو . بل كان المدين اذا قدم رهنا نقل ملكية الشيء الى الدائن المرتهن قفلا تاما ، واقتصر على الحصول منه على وعد برد الملكية اليه اذا وفى بالمدين . ثم ظهر البيع الوفاقي ، وفيه تنتقل الملكية من المدين الى الدائن ، فأذا وفى المدين بالمدين فسخ العقد من تلقاء نفسه وعادت ملكية الشيء الى المدين . ثم اظهر رهن الحيازة ، وفيه لا تنتقل الملكية أصلا الى الدائن ، ولكن تنتقل الحيازة . ثم ظهر الرهن الرسمي وفيه لا تنتقل الملكية ولا الحيازة من المدين الى الدائن .

## ٢ - حق الاختصاص

(DROIT D'AFFRICATION)

٧٠ - كيف ينشأ :

اذا حصل الدائن على حكم بالمدين وخشى قبل أن يتمكن من التنفيذ بالحكم على عقار مملوك للمدين أن يبادر غيره من الدائنين الى التنفيذ أو أن

يعمد الدين الى التصرف في المقار، فانه يستطيع في هذه الحالة أن يستصدر  
أمرًا من المحكمة بأخذ اختصاص على المقار المذكور، ويقيّد هذا الاختصاص  
بمجرد صدور الأمر به .

#### ٧١ - قيمة حق الاختصاص :

ويكون للباثني التي حصل على حق اختصاص على عقار مدينه  
تس حقوق الباثن للرتن . فحق الاختصاص اذن هو رهن رسمي ،  
ولكن مصدره القضاء لا المقد .

#### ٣ - حقوق الامتياز

(PRIVILÈGES)

#### ٧٢ - الامتياز يرجع الى طبيعة الرية :

هناك ديون معينة يراها القانون رعاية خاصة ، لاعتبار يرجع الى  
صفة في الدين لا الى صفة في الباثن . فيجعل هذه الديون ممتازة ، يستوفيا  
الباثنون متقدمين على غيرهم .

#### ٧٣ - أقسام حقوق الامتياز :

وحقوق الامتياز على ثلاثة أقسام :

(أولا ) حقوق الامتياز العامة ، وهذه تتناول جميع أموال الدين  
المنقولة والعقارية . ومن الديون التي لها امتياز عام للمصاريف القضائية  
والضرائب .

امتياز عام

( ثانيا ) حقوق الامتياز الخاصة على المنقول ، وهذه تنحصر في  
منقول معين . مثل ذلك أجرة المقار ممتازة على المفروشات والمحصولات ،  
وتمن للمنقول للبيع ممتازة على هذا المنقول ، والديون المستحقة لأصحاب  
الفنادق ممتازة على الأمتعة المودعة بالفنادق .

امتياز خاص على  
منقول

( ثالثا ) حقوق الامتياز الخاصة على المقار ، وهذه تنحصر في عقار

امتياز خاص على مقار



ممين . مثل ذلك ثمن المقار للبيع ممتاز على هذا المقار ، ورجوع الشريك على شريكه بعد القسمة مضمون بامتياز التقاسم .

٧٤ — مقارنة بين الرهن والاختصاص والامتياز :

يتبين مما تقدم أن الرهن مصدره المقدر ، والاختصاص مصدره القضاء ، والامتياز مصدره القانون .

٤ — حق الحبس

٧٥ — تعريفه وأصله :

حق الحبس هو حق يثبت للدائن في حبس عين مملوكة للمدين حتى يستوفى الدين .

ومن أمثلة حق الحبس حق البائع في حبس العين المبيعة حتى يستوفى الثمن ، وحق من قام بمصروفات ضرورية أو نافعة على شيء مملوك للغير في حبس هذا الشيء حتى يسترد ما صرفه .

## الفصل الثاني

طرق كسب الحقوق العينية

٧٦ — مصدر هذه الطرق :

أما الحقوق العينية التبعية فقد رأيناها كيف تكسب : الرهنان الحقوق العينية التبعية بالمقد ، وحق الاختصاص بالقضاء ، وحق الامتياز وحق الحبس بالقانون .

بقيت الحقوق العينية الأصلية ، وهذه نص القانون للدنى المصرى على أنها تكسب بالأسباب الآتية : العقود ، الهبة ، الميراث والوصية ، الاستيلاء ، الالتصاق ، الشفعة ، التقادم .

الحقوق العينية  
الأصلية

ويمكن أن نرتب هذه الأسباب ترتيباً منطقياً على الوجه الآتي :

من هذه الاسباب ما هو سبب ملكية أصلية ، أى ملكية لم تسبق لأحد من قبل ، وهذا هو الاستيلاء . وبقية الأسباب هى أسباب ملكية مكتسبة ، أى ملكية انتقلت من شخص الى آخر . وهذه بعضها تنقل به الملكية بعد الموت (mortis causa) ، الميراث والوصية ، والبعض الآخر تنتقل به الملكية حال الحياة (inter vivos) . والأسباب الأخيرة بعضها عمل قانونى (acte juridique) ، العقود والهبة ، والبعض الآخر عمل مادى (acte materiel) ، الاستيلاء والاتصاق والشفعة والتقادم .

وبعض هذه الأسباب سبق أن استعرضناها فيما تقدم ، وهى الميراث والوصية والهبة . ونرجى الكلام فى العقود الى مكانها فى الحقوق الشخصية .

يبقى أن نذكر كلمة موجزة عن الاستيلاء (occupation) ، والاتصاق (accession) والشفعة (préemption) والتقادم (prescription) .

#### ١ - الاستيلاء .

#### ٧٧ - الاستيلاء على المنقول :

الاستيلاء هو وضع اليد على شئ لا مالك له بنية تملكه ، واضع اليد فى الحال .

وقد يقع على منقول أو على عقار .

مثل استيلاء على المنقول صيد السمك فى البحر والطير فى الهواء ، والعثور على كنز فى ارض لا مالك لها .

السمك والطير  
والكنوز

#### ٧٨ - الاستيلاء على المنقول :

ويمكن الاستيلاء على العقار كذلك ، ولا يكون ذلك الا فى الأرض المباحة ، وهى الأرض التى لا تملك ملكية خاصة للأفراد أو للدولة ، ولا تملك ملكية عامة للدولة . مثل ذلك الجبل والصحراء .

الأرض المباحة

ويكون الامتلاء على الأرض للباحة بوضع اليد عليها وتعميرها ،  
وذلك بالبناء عليها أو بزرعها ، فيصبح واضع اليد مالكا في الحال للأرض  
التي عمرها ، بشرط ألا ينقطع خمس سنوات عن التعمير في ظرف الخمس  
عشرة سنة التالية لوضع يده عليها .

## ٢ - الالتصاق

### ٧٩ - تعريف الالتصاق وأقسامه :

الالتصاق هو اتصال عين بين أخرى اتصالا ماديا ، فيملك صاحب  
العين الأصلية العين للحققة التي اتصلت بملكه .

والالتصاق قد يكون اتصال عقار بعقار ، وقد يكون اتصال منقول  
بمنقول ، وقد يكون اتصال منقول بعقار .

### ٨٠ - التصاق العقار بالعقار :

مثل ذلك طمى النهر . فإ يحدث منه بالتدريج ، ملتصقا بأرض  
دون أن يكون بينهما فاصل ، يكون ملكا لصاحب هذه الأرض .

### ٨١ - التصاق المنقول بالمنقول :

وذلك كامتزاج السوائل ، فيملك صاحب المال الأكبر قيمة المال  
الأقل ، ويرد لصاحب هذا المال قيمته .

### ٨٢ - التصاق المنقول بالعقار :

ويكون ذلك بالبناء على أرض الغير دون اتفاق سابق . والقاعدة أن  
مالك الأرض يملك البناء .

وقد يكون الباني هو صاحب الأرض وقد بنى بمهيات وأدوات غيره ،  
الباني صاحب الأرض

فيموض هذا الثير عن قيمة هذه للهات والأدوات .

الباني صاحب المهات      وقد يكون الباني هو مالك للهات والأدوات، وقد بناها في أرض غيره ، فصاحب الأرض يصبح مالكا للبناء ، ويموض الباني . ويختلف التمييز بحسب ما اذا كان الباني حسن النية أو سيئ النية . فان كان حسن النية فصاحب الأرض غير بين أن يدفع له تكاليف البناء أو ما زاد في قيمة الأرض بسبب البناء . أما اذا كان الباني سيئ النية ، فصاحب الأرض غير بين الزام الباني بهدمها ، ورد الأرض الى أصلها ، وبين ابقاء البناء وتمريض صاحبه الأقل من قيمة الأتقاض أو ما زاد في قيمة الأرض بسبب البناء .

### ٣ — الشفعة

#### ٨٣ — تعريف الشفعة :

التعريف      الشفعة هي الحق في تملك العقار للبيع على للشترى بالتمن الذي دفعه .  
الحكمة      والحكمة في الشفعة منع ضرر الجوار .

#### ٨٤ — شروط الملحة بالشفعة :

يؤخذ بالشفعة متى توافرت الشروط الآتية :

التجاور أو الشيوخ      (١) أن يكون هناك عقاران متجاوران ( والجوار في الأراضي للعدة للبناء يكفي أن يكون من جهة واحدة ، وفي الأراضي الأخرى يجب أن يكون الجوار من جهتين ، وأن تكون الأرض للشفوع بها تساوى نصف ثمن الأرض للشفوع فيها على الأقل ) . أو أن يكون هناك عقار واحد مملوك لعدة شركاء على الشيوخ .  
البيع      (٢) أن يبيع مالك أحد العقارين المتجاورين ، أو أحد الشركاء في العقار للملوك على الشيوخ ، ما يملكه .

(٣) أن يطالب مالك العقار الآخر ، أو الشريك في الشيوع ، بالشفعة ، بإعلان يوجهه لكل من البائع وللشترى في ظرف ١٥ يوما من وقت علمه بالبيع ، أو في ستة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع .

#### ٨٥ — كيفية الأخذ بالشفعة :

فتى تم ذلك ، فلشبيع الحق في تملك العقار المشفوع فيه بالثمن والمصاريف التي دفعها المشتري ، فان تراضيا على ذلك تم الأخذ بالشفعة .  
والأصل الشفيع أن يرفع دعوى الشفعة على البائع وللشترى معا أمام المحكمة الكائن بدناثرتها العقار في ميعاد ثلاثين يوما من تاريخ الإعلان الذي طلب فيه الشفعة . والحكم الذي يصدر نهائيا بثبوت الشفعة يعتبر سنداً للملكية الشفيع ، وعلى المحكمة تسجيله من تلقاء نفسها .

#### ٤ — التقادم

#### ٨٦ — حكمه التقادم :

إذا وضع شخص يده على عين ، وبقي واضعا يده مدة خمس عشرة سنة ، وهو يتصرف في العين تصرف المالك علنا ، فإن الأمر لا يخلو من أحد فرضين :

(١) أما أن يكون هذا الشخص واضع اليد هو المالك الحقيقي للعين ، فيجب أن تترك له العين دون أن يطالب بأثبات ملكيته ، مادام قد أثبت أنه قد وضع يده على العين هذه المدة الطويلة ، حتى لا يضطر إلى الاحتفاظ بمستندات الملكية إلى مدة تزيد على خمس عشرة سنة .

(٢) وأما أن يكون غير مالك للعين ، ولكنه نوى تملكها وظهر أمام الناس في مظهر المالك ، وبقي هذه المدة الطويلة محافظا على هذا المظهر .

المطالبة بالشفعة

التراضى  
التقاضى

التقادم الطويل .

ففي هذه الحالة تترك له المين كذلك لسببين : (أولاً) لأن الناس قد اطأنت الى هذا المركز المستقر في تعاملها مع واضع اليد . (ثانياً) لأن المالك الحقيقي ملوم اذ قصر طول هذه المدة بتركه المين المملوكة له في يد مقتصب .

التقادم القصير

فإذا كان واضع اليد لم يقتصب المين اغتصاباً ، بل اشتراها من غير مالك ، وهو يعتقد بحسن نية أن البائع هو المالك ، فيكفي أن يبقى واضع يده على المين ، اذا كانت عقارا ، خمس سنوات حتى يملكها .

الحيازة في المنقول  
سند الملكية

فإذا كانت المين منقولا فإنه يملكها بمجرد حيازته لها ، وهذا ما يعبر عنه بالقاعدة المعروفة : « الحيازة في المنقول سند الملكية » (En fait de meubles, la possession vaut titre) . وذلك ما لم تكن المين المنقولة مسروقة أو ضائعة ، ففي هذه الحالة لا يملكها واضع اليد في الحال ، بل يجوز للمالك الحقيقي استردادها في مدة ثلاثة سنوات من وقت السرقة أو الضياع ، وعليه أن يرد لواضع اليد ثمنها اذا كان هذا الأخير قد اشتراها من سوق عمومي أو من شخص يتعامل في مثل هذه المنقولات .

## الباب الثاني

### الحقوق الشخصية أو الالتزامات

#### ٨٧ - تقسيم الموضوع :

سبق أن عرفنا الحق الشخصي أو الالتزام ، وبيننا أن الالتزامات لا  
تختص بنواتها ، كما تختص الحقوق العينية ، بل تختص بمصادرها . ونحن في  
كلامنا في الالتزامات نستعرض بإيجاز مصادر الالتزامات ثم أحكامها .

## الفصل الأول

### مصادر الالتزام

#### ٨٨ - مصادر الالتزام :

يذكرون عادة أن مصادر الالتزام خمسة : العقد (contrat) وشبه  
العقد (quasi-contrat) والجريمة (délit) وشبه الجريمة (quasi-délit)  
والقانون (loi) .

فالعقد هو توافق أرادتين على إنشاء التزام ، كمقد البيع ، يتفق فيه  
البائع والمشتري على إنشاء التزامات ، منها ما هو في جانب البائع ، كالالتزام  
بنقل الملكية والالتزام بضمان التعرض ، ومنها ما هو في جانب المشتري ،  
كالالتزام بدفع الثمن والمصاريف .

وشبه العقد هو عمل اختياري مشروع ، ينشأ عنه التزام للغير ، وقد  
ينشأ عنه أيضا التزام مقابل في جانب ذلك الغير . مثل ذلك الفضولي ،

فهو يقوم بختاراً بعمل يريد به مصلحة الغير دون أن يتعاقده معه على ذلك ، فيلتزم بأن يستمر في العمل الذي بدأه ، وأن يقدم حساباً عنه ، ومصدر هذا الالتزام هو العمل الاختياري المشروع الذي قام به الفضولي . وقد ينشأ عن هذا العمل التزام آخر في جانب رب العمل ، فيلتزم هذا ، في حالة ما إذا أحسن الفضولي القيام بالعمل الذي أخذه على عاتقه ، بأن يرد ما أنفقته الفضولي من مصاريف ضرورية ونافعة ، وبأن ينفذ ما عقده من التزامات ، سواء كان باسمه خاصة أو باسم رب العمل ، في سبيل القيام بمهمته .

والجريمة هي عمل ضار ، يأتيه فاعله متعمداً الأضرار بالغير ، فيلتزم بتعويض الضرر الذي أحدثه . كما إذا أتلّف شخص عبداً مالا يملكه كالغير ، فينشأ عن هذا العمل الضار التزام في جانب فاعله بأن يعرض عن المال الذي أتلّفه .

وشبه الجريمة عمل يصيب الغير بالضرر كالجريمة ، ولكنه يختلف عنها في أنه غير مصحوب بنية الأضرار بالغير ، بل يأتيه فاعله عن إهمال وعدم احتياط ، فيلتزم بتعويض الضرر كما في الجريمة ، فإذا سار شخص في سيارة بسرعة غير معتادة ، وتسبب عن ذلك أن دهس شخصاً في الطريق ، فإنه يلتزم بتعويض المصاب أو ورثته عن الضرر الذي أحدثه . والقانون قد يكون أخيراً مصلحاً للالتزام ، فينشئه في حالات معينة ، كما في التزامات أفراد الأسرة بعضها للبعض الآخر ، من نفقة ورضاعة وحضانة ووصاية وقوامة إلى غير ذلك ، وكما في التزامات الجار نحو جاره .

#### ٨٩ - نقرهز الترتيب :

وهذا الترتيب مع سهولته الظاهرة مستقّد . فشبّه العقد لا يشبه العقد



في شيء ، فهو ليس بعمل قانوني (acte juridique) ، بل هو عمل مادي (acte matériel) ، فهو اقرب الى الجريمة وشبه الجريمة منه الى العقد . ثم أنه لا فائدة من التمييز بين الجريمة وشبه الجريمة فكلهما عمل ضار يولد التزاما .

والترتيب الذى اتبعته القوانين الحديثة هو ما يأتى : العقد والارادة المنفردة والأثر على حساب النير والعمل الضار والقانون . وسنتناول بإيجاز هذه المصادر ، فنستعرض العقد والارادة المنفردة في مبحث ، ثم المصادر الأخرى غير التعاقدية في مبحث آخر ، ولكن قبل ذلك نبحث في أساس منطقي لترتيب مصادر الالتزام ، ولمصادر الحقوق بوجه عام .

٩٠ — أساس منطقي لترتيب مصادر الالتزام ، ولمصادر

الحقوق بوجه عام :

إذا أردنا أن نرجع ترتيب مصادر الالتزام الى أساس منطقي ، الواقعة القانونية

أمكن القول أن كل أمر يقع ويترتب عليه أثر قانوني ، ومن الآثار القانونية توليد الالتزام ، يسمى واقعة قانونية (fait juridique) .

والواقعة القانونية إما أن تكون واقعة طبيعية لا ترجع لارادة الانسان ، وإما أن تكون واقعة اختيارية ترجع لارادة الانسان .

الواقعة الطبيعية مثل الواقعة الطبيعية البتة تولد التزاما بالنفقة ، وهذا هو القانون .

ثم أن الواقعة الاختيارية إما أن تكون عملا ماديا (acte matériel) الواقعة الاختيارية

أو عملا قانونيا (acte juridique) والعمل المادي إما أن يكون عملا نافعا

وهذا هو الأثر على حساب الغير ، أو عملا ضارا .

والعمل القانوني إما أن يكون صادرا من الجانبين ، وهذا هو العقد

وإما أن يكون صادرا من جانب واحد وهذه هي الارادة المنفردة .

## المبحث الاول

### العقد والارادة المنفردة

#### ٩١ — تقسيم العقود :

ينقسم العقد الى عقد رضائي (consensuel) ، وهو الذى يتم بمجرد توافق الايجاب والقبول ، كالبيع والايجار . والى شكلى (solennel) ، وهو الذى لا بد فى تمامه ، الى جانب توافق الارادتين ، من شكل خاص ، كالمبة والرهن الرسمى . والى عينى (réel) ، وهو الذى لا بد فى تمامه ، الى جانب توافق الارادتين ، من تسليم العين ، كالوديعة والعارية وrehn الحيازة .

وينقسم العقد كذلك الى عقد ملزم للجانبين (synallagmatique) وهو الذى يولد الالتزامات فى جانب كل من المتعاقدين ، كالبيع . والى عقد ملزم لجانب واحد (unilatéral) ، وهو الذى يولد التزامات فى جانب أحد المتعاقدين دون الآخر ، كالوديعة . ويجب التمييز بين العقد الملزم لجانب واحد والعمل القانونى الملزم لجانب واحد ، فالعقد الملزم لجانب واحد هو عمل قانونى صادر من الجانبين ولكنه ملزم لجانب واحد .

وينقسم العقد أخيرا الى عقد معاوضة (à titre onéreux) ، وهو الذى يأخذ فيه المتعاقدين مقابلا لما أعطى كالبيع ، والى عقد تبرع (à titre gratuit) ، وهو الذى لا يأخذ فيه أحد المتعاقدين مقابلا لما أعطى كالمبة .

#### ٩٢ — ترتيب الموضوع :

وتشكلم أولا فى أركان العقد ، ثم فى أحكامه .

١ — أركان العقد

٩٣ — نمراد أركان العقد :

أركان العقد ثلاثة : (١) الرضاء (consentement) (٢) محل  
الالتزام (objet) (٣) سبب للالتزام (cause) .

٩٤ — الرضاء :

الرضاء يجب أن يكون موجودا وصحيحا .

والرضاء يكون موجودا بالتعبير من ارادتين متوافقتين . فذاك تعبير وجود الرضاء :  
من الارادة ، وتمدد الأرادة ، وتوافق بين الأرادتين .

فالتعبير عن الارادة قد يكون صريحا ( بالكتابة أو باللفظ أو بالإشارة  
أو باتخاذ موقف معين ) أو ضمنيا أو سكوتا ( كما في قبول الهبة بالسكوت ) .  
ولا بد من تعدد الأرادة . ومع ذلك فقد تولد الأرادة للنفردة  
الالتزام ، ولكنها لا تكون عقدا .

ولا بد من موافقة القبول للإيجاب موافقة تامة . ويتم العقد عند تمام  
هذه للوافقة . وفي العقد بالتراسل (correspondance) اختلفت الآراء ،  
فأرى يقول بأن العقد يتم عند اعلان القبول ، وآخر يذهب الى تصدير  
القبول ، وثالث الى استلام القبول ، ورابع الى العلم بالقبول .

ويجب أن يكون الرضاء صحيحا . والرضاء غير الصحيح هو الصادر  
عن ناقص الأهلية أو المشوب بسبب من عيوب الرضاء .

أما الأهلية فقد عرفناها فيما تقدم .

وأما عيوب الرضاء (vices du consentement) فهي الثلث  
والتدليس والأكره والغبن .

فالثلث (erreur) هو تصور الأمر على غير حقيقته . والثلث يمسب  
الرضاء ويطل المسعد اذا كان غلطا واقعا ، أى اذا كان غلطا لو تبين من

وقع فيه لما أقدم على التعاقد . مثل ذلك شخص يشتري خاتما على أنه أرى فيتبين أنه غير أرى ، وشخص يهب آخر مالا وهو يظن أنه ابنه غير الشرعى فإذا به أجنبي عنه . فى المثل الأول يوجد غلط فى الشيء ، وفى المثل الثانى يوجد غلط فى الشخص .

والتدليس (dol) هو استعمال طرق احتيالية لأيقاع التعاقد فى الغلط وحمله على التعاقد . مثل ذلك أن يصطنع شخص عقود ايجار ليوم بها من يشتري منه أرضا أن أجرة هذه الأرض مرتفعة .

والأكره (violence) هو استعمال وسائل للضغط على ارادة للتعاقد واقتناص رضائه ، وذلك بتهديده بخطر حال يصيبه فى النفس أو فى المال . مثل ذلك تهديد شخص بالقتل اذا لم يوقع على عقد .

والغبى فى القانون المصرى ليس بسبب فى الرضاء . ولا يطن به الا فى عقد بيع صدر من قاصر على عقار يبيعه بما يقل عن  $\frac{1}{4}$  قيمته . وفى هذه الحالة يكون للقاصر أن يطلب تكملة الثمن الى  $\frac{1}{4}$  القيمة .

#### ٩٥ - المحل :

ويشترط فى المحل أن يكون ممكنا ، موجودا ، معيناً أو قابلا للتعيين ، وغير مخالف للنظام العام ولا للأداب .

فالتعاقد على شيء غير ممكن باطل ، كما لو تعاقد حمام مع موكله على رفع قرض فى قضية لا تقبل النقض ، وكما اذا باع شخص أرضا موقوفة .

والتعاقد على شيء غير موجود باطل كذلك ، كما لو باع شخص منزلا ، ثم تبين أنه كان قد احترق قبل البيع . على أن التعاقد على شيء غير موجود حالا ، ولكنه سيوجد فى المستقبل ، صحيح ، كما لو باع مصنعا قدرا من مصنوعاته على أن يصنعها بعد تمام البيع .

ويجب أن يكون المحل معيناً أو قابلا للتعيين . فإذا كان المحل عيناً

التدليس

الاكره

الغبى

المحل ممكن

المحل موجود

المحل معين أو قابل  
للتعيين

معينة فلا بد أن يكون معينا تعيينا نافيا للجهالة . وإذا كان من التليات فلا بد أن يكون قابلا للتعيين ببيان درجة جودته ومقداره عدا أو وزنا أو كيلا أو مقاسا .

الحل غير مخالف  
لنظام العام ولا  
للأداب

ويجب أخيرا أن يكون الحل غير مخالف للنظام العام ولا للأداب . والنظام العام هو النظام الأعلى للمجتمع ، ولا يجوز للمتقدين أن يتفقا على ما يخالفه ، كما لو اتفق المرشح مع الناخب على أن يبيع صوته ، وكما لو اتفق شخص مع آخر على ارتكاب جريمة في مقابل مبلغ من المال كذلك ، فكل هذه العقود باطلة لخالفها للنظام العام . ومثل العقود المخالفة للأداب أن يستأجر شخص منزلا للدعارة أو أن يتفق مع امرأة على معاشرتها مقابل مبلغ من المال .

#### ٩٦ - السبب :

والسبب هو الترض المباشر الذي يستوفاه المتعاقد من وراء التزامه . وفي العقد الملزئ للجانبين سبب التزام أحد المتعاقدين هو تنفيذ التزام المتعاقد الآخر . ففي عقد البيع مثلا سبب التزام البائع بنقل الملكية هو تنفيذ المشتري بوفاء الثمن ، وسبب التزام المشتري بوفاء الثمن هو تنفيذ التزام البائع بنقل الملكية . ومن هنا وجد الارتباط والتقابل بين الالتزامات المتعاقبة في العقد الملزئ للجانبين .

ويترب على هذا الارتباط والتقابل : (١) إذا لم يتم أحدا للمتقدين الدفع بعدم التنفيذ بالتزام ، كان المتعاقد الآخر أن يتمتع هو أيضا عن القيام بالتزامه ، وهذا ما يسمى بالدفع بعدم التنفيذ (exception non adimpleti contractus) (٢) إذا لم يتم أحد المتعاقدين بالتزامه ، كان للمتعاقد الآخر أن يطلب

الفسخ  
فسخ العقد ولا يكتفى بالامتناع من تنفيذ التزامه ، وبذلك يتحلل نهائيا من الالتزام .

## ٢ - أحكام العقد

### ٩٧ - البطور والقرّة المازمة :

حكم العقد أن تكون له قوة لازمة . وقبل أن تكون له هذه القوة يجب أن يكون صحيحا غير باطل . فنحن نتكلم في البطلان أولا ثم في القوة المازمة .

### ٩٨ - البطور :

البطلان اما مطلق (nullité absolue) او نسبي (nullité relative).

البطلان المطلق

والبطلان يكون مطلقا اذا اخل ركن من أركان العقد ، بأن لم يكن الرضاء موجودا أو كان الرضاء صادرا من غير مميز ، أو كان المحل معدوما أو مستحيلا ، أو كان السبب معدوما أو غير مشروع الخ .

ويكون البطلان نسبيا في حالتين : (١) لنقص الأهلية (٢) أو

البطلان النسبي

لميب من عيوب الرضاء ( الغلط والتدليس والأكره ) .

والفروق بين البطلان المطلق والبطلان النسبي : (١) العقد الباطل

الفرق بينهما

بطلانا مطلقا غير موجود حتى لو لم يطلب بطلانه ، أما العقد الباطل بطلانا

نسبيا فوجوده ويولد آثاره حتى يطلب بطلانه . (٢) البطلان المطلق

يتمسك به كل من المتعاقدين وكل ذى مصلحة ، أما البطلان النسبي فلا

يتمسك به الا للمتعاقد الذي تقرر البطلان في مصلحته . (٣) البطلان

للمعق لا تلحقه الاجازة ، أما البطلان النسبي فيصححه اجازة من تقرر

البطلان في مصلحته . (٤) البطلان للطلق لا يزول بالتقادم ، أما البطلان النسبي فيزول بالتقادم .

#### ٩٩ - القوة الملزمة للعقد :

فإذا تم العقد صحيحا كانت له قوة ملزمة . وهذه القوة للزمة نسبية بالنسبة للأشخاص وبالنسبة للموضوع . فالنسبية للأشخاص معناها أن العقد لا يمتد أثره إلا إلى المتعاقدين . والنسبية للموضوع معناها أن العقد لا يلزم إلا بما كان محلا للالتزام الوارد فيه .

فالعقد لا يمتد أثره إلا للمتعاقدين ، ولهذا القاعدة شقان : (١) العقد يلحق أثره بالمتعاقدين (٢) العقد لا يمتد أثره إلى الغير .

العقد يلحق أثره  
بالتعاقدين :

الورثة

أما إن العقد يلحق أثره بالمتعاقدين فظاهر . فالعقد يولد التزامات في جانب كل من المتعاقدين أو في جانب أحدهما ، ويعطى حقوقا لكل من المتعاقدين أو لأحدهما ، فالمتعاقدان هما اللذان يلحق بهما أثر العقد . ويلحق بالمتعاقدين الورثة والدائنون . فوارث البائع لا يرث المدين التي انتقلت ملكيتها للمشتري ، ووارث المشتري يرث المدين التي انتقلت ملكيتها لمورثه .

الدائنون

الدعوى البوليصة

ودائن البائع لا يستطيع أن ينفذ على المدين التي باعها مدينه ، ويستطيع ذلك دائن المشتري . ومع ذلك لا يلحق الدائن أثر العقد إذا تعمد مدينه الأضرار به فنصرف متواطئا مع المشتري على هذا الأضرار ، أو غير متواطئ ، إذا كان التصرف تبعا . وفي هذه الحالة للدائن أن يطعن في هذا التصرف بدعوى إبطال التصرفات (Action Paulienne) ، ويعتبر التصرف غير نافذ في حقه .

العقد لا يمتد أثره  
إلى الغير

وأما أن العقد لا يمتد أثره إلى الغير ، فمضى ذلك أن غير المتعاقدين لا يكسب حقا ولا يترتب في ذمته التزام من عقد لم يكن طرفا فيه . ومع

الاشتراط لمصلحة  
التبر

ذلك يجوز الاشتراط لمصلحة الغير (stipulation pour autrui)، كما لو أمّن شخص لمصلحة أولاده، فالؤمن تعاقّد مع شركة التأمين على أن تدفع هذه مبلغاً من المال لأولاده بعد موته، ويسمى المؤمن مشروطاً (stipulant)، وشركة التأمين متعهداً (promettant) والأولاد متفعّلين (bénéficiaires)، ويلاحظ أن المتفعّل يكسب حقاً مباشراً من عقد لم يكن طرفاً فيه، فإذا مات المؤمن استحق الأولاد مبلغ التأمين، لا على أنه حق أبيهم آل اليهم تركه، بل على أنه حقهم المباشر، وبذلك يخلص لهم هذا المبلغ، ولا يتنقذ عليه دائنو التركة.

المسؤولية التعاقدية

بقى أن العقد لا يلزم إلا بما كان محلاً للالتزام الوارد فيه. وهذه هي للمسؤولية التعاقدية (responsabilité contractuelle) فالملتزم بمقتضى العقد يجب أن ينفذ ما التزم به، إلا إذا منعه من ذلك قوة قاهرة (force majeure) أو حادث فجائي (cas fortuit). واللفظان يستعملان عادة مترادفين.

القوة القاهرة  
والحادث الفجائي

وشروط القوة القاهرة أو الحادث الفجائي أن يكون أمراً غير متوقع الحصول وغير مستطاع الدفع وأن يكون من شأنه أن يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً، كما لو حدث زلزال خرب منزلاً مؤجراً، فلم يستطع المؤجر القيام بالتزامه نحو المستأجر. ففي هذه الحالة ينقضى التزام المؤجر.

نظرية الحوادث  
الطارئة

فإذا كان الحادث غير متوقع الحصول وغير مستطاع الدفع، ولكنه لا يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً، بل يبقيه ممكناً ولكنه يصبح مرهقاً للسدين، كما لو قامت حرب ارتفعت على أثرها الأسعار فأرحق ذلك المتهمدين بتوريد أشياء ارتفعت أسعارها ارتفاعاً فاحشاً، ففي هذه الحالة لا ينقضى التزام الدين، بل ينقص أخصاً يجعله غير مرهق. وهذه هي



نظرية الحوادث الطارئة (théorie de l'imprévision) .

## المبحث الثاني

المصادر غير التعاقدية

١ — العمل الضار

١٠٠ — شروط المسؤولية التقصيرية أو العمل الضار :

توجد للمسئولية التقصيرية (responsabilité délictuelle) اذا توافرت ثلاثة شروط : الخطأ (faute) ، والضرر (dommage) وعلاقة السببية ما بين الخطأ والضرر (lien de causalité) .

١٠١ — الخطأ :

فالمخطئ معياره ألا يتصرف الشخص تصرف الحازم الحكيم في استعمال الرخص التي أباحها له القانون ، فيعتبر مقصراً . فمن قاد سيارته مسروراً أكثر مما ينبغي فدهس شخصاً كان مقصراً ، وكذلك الطبيب الذي يسيء علاج المريض ، والصيدلي الذي يهمل فيخطيء في صنع الدواء . وهكذا .

التسبب في استعمال الحق

وكما يخطيء الشخص في استعمال رخصة أباحها القانون ، كذلك يخطيء في استعمال حق أعطاه القانون ، فيستعمل هذا الحق في غير النرض الذي أعطى الحق من أجله ، وهذا هو التسبب في استعمال الحق (abus de droit)

١٠٢ — الضرر :

الضرر المادي والضرر الأدبي

ولا بد أن يحدث الخطأ ضرراً ، حتى يتولد الالتزام بتعويض هذا

الضرر. والضرر قد يكون ماديا ، كما اذا دهمت سيارة مارا في الطريق فخرته ، وقد يكون أدبيا ، كما اذا سب شخص آخر .

كيفية التعويض

وتعويض الضرر يكون عادة بمبلغ من النقود . وقد يحكم بالمبلغ مقسما ، كما اذا كان المصاب أصبح عاجزا عن العمل فيحكم له بإيراد طول الحياة . وقد يكون التعويض عينيا ، كما اذا حكم بإزالة حائط أقامها الجار ليحجب النور عن جاره .

### ١٠٣ — عموق السببية .

ولا بد أن توجد علاقة سببية بين الخطأ والضرر . ويجب أن يكون الخطأ سببا مباشرا للضرر ، فالأضرار غير المباشرة التي تنجم عن الخطأ لا تعويض عليها ، كما لو أنف شخص آلات زراعية لآخر ، فنجم عن ذلك أن تعطلت الزراعة ، ولم يستطع المحني عليه أن يجد مالا يفي به دينه عليه ، فأفلس ، فانتحر . في هذا المثل تعطيل الزراعة وما ترتب على ذلك من الخسائر هو الضرر المباشر الذي يعوض عنه ، أما الإفلاس والانتحار فضرران غير مباشرين .

الضرر المباشر  
والضرر غير المباشر

ويتنى علاقة السببية القوة القاهرة والحادث الفجائي ، وقد تقدم تعريفهما .

للقوة القاهرة

### ١٠٤ — المسؤولية المبنية على خطأ مفروض :

وهناك حالات يجعل القانون الشخص مسئولاً فيها عن الضرر ، دون أن تكون هناك حاجة لاثبات خطأ في جانبه ، اذ يفرض القانون هذا الخطأ .

فالشخص مسئول عن م تحت رعايته ، فاذا وقع خطأ من أحد

من تحت الرعاية

هؤلاء ، فرض القانون أن هذا نتيجة تقصير من جانب الشخص . فالأب مثلا مسئول عن خطأ ولده القاصر ، والمعلم مسئول عن خطأ تلميذه . والمخدوم مسئول عن خطأ خادمه اذا ارتكب الخادم الخطأ أثناء تأدية خدمته .

الحیوان وحارس الحيوان مسئول عما يحدثه الحيوان من الضرر .

#### ١٠٥ — المسؤولية المبنية على تحمل التبعة :

وهناك مسؤولية لا تبنى لا على خطأ ثابت ولا على خطأ مفروض . وانما تبنى على مبدأ الغرم بالنفس . وذلك أن الشخص قد يملك شيئا جزيلا الفائدة عظيم الضرر ، مثل ذلك السيارات والآلات الميكانيكية ، فتل هذه الأشياء يستفيد منها الشخص فائدة كبيرة ، ولكنها تعرض لأخطار كثيرة ، فمن العدل أن يتحمل الشخص تبعاتها ، كما حصل فائدتها ، والغرم بالنفس . وهذه هي نظرية تحمل التبعة (théorie des risques) ، وهي نظرية كثيرا ما تطبق على حوادث العمل ، فيكون صاحب العمل مسئولا عما يحدث لعامله من أضرار بسبب العمل ، ولو لم يثبت في جانبه خطأ ، بل لو ثبت أن الضرر انما وقع بمحادث فجائي .

أمثلة حوادث العمل

#### ٢ — الأثرء على حساب الغير

#### ١٠٦ — القاعدة العامة :

القاعدة العامة أن كل شخص أثرى على حساب غيره يلتزم برد أدنى القيمتين : مقدار ما أثرى به أو مقدار ما افتقر به الدائن . وهذه هي قاعدة الأثرء على حساب الغير دون سبب (enrichissement sans cause) ويشترط لتطبيق القاعدة :

(١) أن شخصا يثرى ، والأثرء قد يكون ماديا كما لو أصحح شخص

أثرء شخص

عينا مملوكة لآخر معتقدا انها ملكه ، فالشخص الآخر يكون قد أثرى بقيمة هذا الاصلاح للمادى ، وكما لو علم مدرس تلميذا ، فالتلميذ يكون قد أثرى اثره معنويا .

واختار آخر

(٧) وأن شخصا آخر يفقر ، كما فى التلئين للتقدمين ، فالذى أصلح ملك الغير افقر بمقدار ما أفتق على الاصلاح ، والذى علم التلميذ افقر بمقدار ما صرف من وقت وبذل من جهد . وقد يثرى شخص دون أن يفقر آخر ، كما اذا أنشأ شخص فى منزله حديقة استفاد من منظرها الجار ، فان الجار يكون قد أثرى ولكن الشخص الذى أنشأ الحديقة فى منزله لم يفقر اذ هو يحضى من الحديقة بمقدار ما أفتق عليها ، فى هذه الحالة لا يكون هناك اثره على حساب الغير .

دون سبب

(٣) ألا يكون هناك سبب قانونى لاثراء شخص وافتقار آخر ، فلو كان هناك عقد بين من أصلح ملك غيره وهذا الغير ، أو بين للعلم والتلميذ ، فالواجب تطبيق أحكام هذا المقدلا قاعدة الاثراء على حساب الغير .

### ١٠٧ - دفع ما لا يجب :

وهناك تطبيق لقاعدة الاثراء على حساب الغير نبعده فى قاعدة دفع

ما لا يجب (paiement de l'indu) .

دين غير واجب الاداء

ويشترط : (١) أن شخصا يدفع شيئا غير واجب الأداء ، كأن يؤدي دينه كان مورثه قد وفاة قبل موته .

غلطا أو اكراها

(٢) وأن يكون قد دفع الدين عن طريق الغلط أو عن طريق الاكراه ، بأن يكون وقت الدفع معتقدا أنه يدفع دينه واجب الأداء ، أو يكون قد أكره على الدفع كما لو لم يجد المخالصة بالدين فى أوراق مورثه

فأضطر الى الدفع ثم وجد المخالصة بعد ذلك .

فإذا توافر هذان الشرطان يسترد من دفع مقدار ما دفعه ، وإذا كان مقدار ما يرد الشخص الآخر سبباً ، التوبة ، أى يعلم أنه يتقاضى شيئاً لا حق له فيه ، التزم بالرد وبالتعويض مما .

### ١٠٨ - عمل الفضولى

وهناك تطبيق آخر لقاعدة الأثرء على حساب الغير فى عمل الفضولى

(gestion d'affaires).

ويشترط فى عمل الفضولى : (١) أن يقوم شخص بعمل لمصلحة آخر دون توكيل  
دون توكيل منه ، كما إذا قام شخص بوفاء دين عن آخر أو أصلح له منزله .  
(٢) وأن يكون هذا العمل ضرورياً ، (٣) وألا يكون للفضولى مصلحة شخصية فيه . فمن أصلح منزل جاره وهو يمتد أنه منزله لا يكون فضولياً ، بل يرجع بدعوى الأثرء على حساب الغير كما قلنا .

وإذا توافرت هذه الشروط التزم الفضولى باتمام ما بدأ به من العمل  
حتى يتمكن رب العمل من تسلم الأمر فى يده ، والتزم رب العمل بأن يرد للفضولى ما تكبدته من النفقة .

### ٣ - القانون

#### ١٠٩ - الالتزامات التى تنشأ عن القانون :

وقد تنشأ الالتزامات ويكون مصدرها حكماً فى القانون .

مثل ذلك النفقة ما بين الأقارب ، وواجبات الجوار .

أما على ذلك

## الفصل الثاني

### أحكام الالتزام

١١٠ - ترتيب الموضوع :

تتكمّل في أثر الالتزام ، ثم في أوصافه ، ثم في انتقاله ، ثم في اهضائه

١ - أثر الالتزام

١١١ - التغيير المعنى :

أثر الالتزام هو إلزام الدين أن يقوم بالتمسكه عيناً ، فإن كان قس ملكية وجب عليه أن ينقلها ، وإن كان عملاً وجب عليه أن يقوم به ، وإن كان كفاً عن عمل وجب عليه أن يمتنع عن هذا العمل .

١١٢ - التعويض :

فإذا استحال التنفيذ المعنى خطأ من الدين وجب عليه أن يدفع تعويضاً للدين .

والتعويض يقدره عادة القاضي . وهو تعويض عن الخسارة التي أصابت الدين من جراء عدم تنفيذ الدين لالتزامه ، وعن المكسب الذي فاته بسبب ذلك . وهو يسمى في الفرنسية (dommages-intérêts) ، مثل ذلك مقاول تأخر في تسليم المنزل الذي تعهد ببنائه عن الإبعاد المحدد ، فيصبح مسئولاً عن تعويض ما أصاب صاحب المنزل من الخسارة بدفعه أجرة منزل سكنته مدة التأخر ، وعن تعويض ما فات صاحب المنزل من المكسب بتأخيره عن استلام منزل كان يستطيع استغلاله .

تقدير القضاء

تقدير المتأخرين  
(للشرط الجزائي)

وقد يقدر للمتأخران التعويض مقدما في العقد ، وهذا ما يسمى بالشرط الجزائي (clause pénale) . ففي النثل المتقدم يصح أن يتفق للقاوّل مع صاحب المنزل على أن يكون التعويض عن التأخر في التسليم مقدراً بمبلغ معين . والقضاء الأهل يذهب الى أنه يجوز اتّصاص المبلغ المتفق عليه إذا جاوز الضرر الفعلي الذي لحق المالك .

تقدير القانون

وقد يقدر القانون التعويض ، وذلك في حالة النقص . وقد وضع القانون المصري سعراً معيناً للفائدة القانونية ، هو ٠.٥٪ في المسائل المدنية و ٠.٧٪ في المسائل المدنية التجارية ، أما السعر الذي يجوز الاتفاق عليه فلا يصح أن يجاوز ٠.٩٪ .

## ٢ - أوصاف الالتزام

### ١١٣ - الالتزام الموصوف :

قد يكون الالتزام بسيطاً ، وقد يكون موصوفاً، ومن أوصاف الالتزام الشرط (condition) والأجل (terme) والتضامن (solidarité) .

### ١١٤ - الشرط :

الشرط أمر مستقبل غير محقق الحصول ، يتوقف على تحققه نفاذ التزام أو زواله .

والشرط إما أن يكون شرطاً موقفاً (condition suspensive) ، وإما أن يكون شرطاً فاسخاً (condition résolutoire) .

الشرط الموقوف

فالشرط الموقوف هو الذي يتوقف على تحققه نفاذ التزام . كما إذا التزم شخص بهبة منزل لولده إذا تزوج ، فالالتزام هنا معلق على شرط موقوف والشرط الموقوف قبل أن يتحقق لا يمنع وجود الالتزام ، ولكن يمنع

فناذه ، فإذا ما تحقق وجود الالتزام نفذ بأثر رجعي (effet rétroactif) أى يكون نفاذه من وقت وجوده لا من وقت تحقق الشرط .

الشرط الفاسخ

والشرط الفاسخ هو الذى يتوقف على تحققه زوال الالتزام . كما إذا وهب شخص لمطلقة منزلا تسكنه بشرط ألا تنزوج . فالزواج هنا شرط فاسخ ، والالتزام بالمبة معلق على هذا الشرط .  
والشرط الفاسخ لا يمنع وجود الالتزام ونفاذه مما ، ولكن إذا تحقق الشرط انعدم الالتزام بأثر رجعي ، أى من وقت وجوده لا من وقت تحقق الشرط ، فيعتبر الالتزام كأن لم يكن .

#### ١١٥ - الأجل

الأجل أمر مستقبل يحقق الحصول ، يتوقف على حلوله نفاذ التزام أو زواله .

الفرق بين الشرط والأجل

والفرق بين الشرط والأجل فيما يأتى : (١) الشرط أمر غير محقق الحصول ، أما الأجل فأمر محقق الحصول . ومتى كان الأمر محقق الحصول فهو أجل ، حتى لو كان وقت حصوله غير محقق ، كالموت . (٢) للشرط أثر رجعي ، وليس للأجل هذا الأثر .

والأجل إما أن يكون أجلا موقفا (terme suspensif) أو أجلا فاسحا (terme extinctif) .

الأجل الموقت

فالأجل الموقت هو الذى يتوقف على حلوله نفاذ التزام ، كالتزام للقترض برد ما اقترضه بحد سنة ، فالسنة أجل موقت فإذا حل الأجل نفذ التزام القترض ، ووجب عليه رد القرض .

الأجل الفاسخ

والأجل الفاسخ هو الذى يتوقف على حلوله زوال التزام ، كالتزام



للؤجر بترك المستأجر ينفع بالعين للؤجرة مدة الايجار ، فدة الايجار أجل  
فاسخ ، واذا حل الأجل انقضى التزام للؤجر .

#### ١١٦ - التضامن

والتضامن اما أن يكون بين العائنين أو بين المدينين .

مثل تضامن العائنين أن يكون (١) و (ب) دائنين بالتضامن ل  
(ج) بمبلغ ١٠٠ جنيه فيجوز أن يطالب (١) وحده الدين بكل الدين  
فتبرأ ذمة الدين نحو (١) ونحو (ب) مما ، ويرجع (ب) على (١) بنصيبه في  
الدين .

ومثل تضامن المدينين أن يكون هناك دائن بمبلغ ٣٠٠ جنيه مثلا  
لمدينين ثلاثة متضامين :

(١) و (ب) و (ج) . فيجوز للدائن أن يرجع على أى مدين يختاره  
من هؤلاء الثلاثة بكل الدين ، ومتى رجع على واحد منهم ، ودفع هذا كل  
الدين ، برأت ذمته نحو الدائن ، وكذلك برأت ذمة المدينين الآخرين نحو  
الدائن . ثم يرجع المدين الذى دفع كل الدين على بقية المدينين كل بقدر  
نصيبه . فلو فرض أن الدائن رجع فى القرض المتقدم على (١) بكل الدين ،  
فان (١) يرجع على كل من (ب) و (ج) بمبلغ ١٠٠ جنيه - واذا وجد (١)  
أن أحد المدينين معسر ، تحمل هو والمدين الآخر تبعة هذا الاعسار ، كأن  
يجد (١) عند رجوعه على (ب) و (ج) أن (ب) معسر ، فانه يرجع على  
(ج) بمبلغ ١٥٠ جنيه ، ويتحمل هو ١٥٠ جنيه ، فيكون كل من (١)  
و (ج) قد تحمل تبعة أعسار (ب) .

### ٣ — انتقال الالتزام

#### ١١٥ — حوالة الحق

يجوز أن ينتقل الالتزام من دائن الى دائن ، وهنا ما يسمى بحوالة الحق (cession de créance) .

وفي حوالة الحق يبقى الالتزام كما هو ، مكفولا بضماناته ، وانما ينتقل من دائن الى دائن .

#### ١١٦ — حوالة الدين

ولا يجوز في القانون المصرى أن ينتقل الالتزام من مدين الى مدين ، مع بقاءه كما هو مكفولا بضماناته ومثل هذا الانتقال اذا جاز يسمى بحوالة الدين (cession de dette) .

واجيزت حوالة الحق دون حوالة الدين ، لأنه لا يضر المدين كثيرا أن يتغير دائنه في حوالة الحق ، ولكن يضر الدائن كثيرا أن يتغير مدينه في حوالة الدين .

### ٤ — انقضاء الالتزام

#### ١١٧ — الوفاء

ينقضى الالتزام بالوفاء (paiement) ، وهو قضاء الالتزام عينا .

الوفاء

#### ١١٨ — قضاء الالتزام بالتزام آخر

وقد يقضى المدين التزامه لا عينا كما في الوفاء ، ولكن بدين آخر . ويكون ذلك في اللقاصه (compensation) ، وصورتها أن يكون للمدين مدينا ودائنا لشخص آخر في وقت واحد ، فيتقاص الدينان .

اللقاصه

ويكون ذلك أيضا في التجديد (novation) وصورته أن للمدين والمائن يتفقان على أن ينقضى الدين ، ويحل محله دين جديد . وذلك بأن يتغير المائن في هذا الدين الجديد ، أو بأن يتغير المدين . فالتجديد إما أن يكون تجديدًا بتغيير المائن ، ويختلف عن حوالة الحق في أن الحوالة نقلت الالتزام نفسه بضمائنه ، وأما التجديد فقد قضى الالتزام وأحل محله التزاما جديدا . وإما أن يكون تجديدًا بتغيير المدين ، ويختلف عن حوالة الدين كذلك في أن الحوالة نقلت الالتزام نفسه ، وأما التجديد فقد قضى الالتزام وأحل محله التزاما جديدا .

#### ١١٩ - قضاء الالتزام دونه وفاء .

وقد ينقضى الالتزام دون وفاء ، ويكون ذلك في الأبراء واستحالة التنفيذ واتحاد القمة والتقدم .

فالأبراء ( remise de dette ) يكون إذا تنازل المائن عن حقه في ذمة للمدين دون مقابل .

واستحالة التنفيذ تقضى الالتزام كذلك ، لأن للمدين لا يلزم بالمستحيل .

واتحاد القمة ( confusion ) صورته أن يرث المائن للمدين ، أو أن يرث للمدين المائن ، فتتحد القمة في الحالتين ، ويصبح المائن مدينا لنفسه ، أو يصبح للمدين دائنا لنفسه ، فينقضى الدين

والتقدم المسقط ( prescription extinctive ) يكون بمضى ١٥ سنة على الدين دون أن يطالب به المائن فيسقط بالتقدم ، وإذا كان الدين دوريا ، كأجرة المنازل والأراضي ، فإنه يسقط بمضى ٥ سنين ، لأن الدين

المورى يدفعه المدين عادة من الربيع لا من رأس المال ، فإذا تجدد عليه  
لمدة تزيد على خمس سنين كان مرهقا واضطر الى دفعه من رأس المال .

#### ٥ - اثبات الالتزام

١٢٠ - **الاثبات يقع على مصدر الالتزام لا على الالتزام ذاته :**

الدائن هو للكلف بأثبات حقه .

مبء الاثبات على  
الدائن

ويقع الاثبات على مصدر الالتزام ، عقدا كان أو غير عقد .

١٢١ - **اثبات غير المقرر .**

فإذا كان للمصدر غير عقد ، كان للدائن أن يثبت هذا المصدر بأية  
طريقة من طرق الاثبات ، بما فيها البيئة والقرائن .

جميع طرق الاثبات

١٢٢ - **اثبات المقرر .**

أما إذا كان للمصدر عقدا ، فإذا كانت قيمة الالتزام تزيد على عشرة  
جنيهات ، فلا يجوز للدائن أن يثبت هذا العقد الا بالكتابة . ويقوم مقام  
الكتابة اقرار اللدين ، أو توجيه اليمين اليه فينكسر عن حلفها أو يرددها الى  
الدائن فيحلف . فالأثبات في هذه الحالة لا يكون الا بالكتابة أو الاقرار  
أو اليمين .

قيمة الالتزام تزيد  
على ١٠ جنيه

أما إذا كانت قيمة الالتزام لا تزيد على عشرة جنيهات ، فمما يجوز  
الاثبات بالكتابة والاقرار واليمين ، كذلك يجوز الاثبات بالبيئة  
والقرائن . والبيئة هي الشهود .

قيمة الالتزام لا تزيد  
على ١٠ جنيه

## فهرست

صفحة

|    |   |
|----|---|
| ٣  | مقدمة :   |
| ٣  | الفرض من دراسة علم أصول القانون . . . . .                         |
| ٤  | التعريف بالقانون . . . . .  |
| ٤  | خصائص القانون . . . . .   |
| ٦  | ضرورة القانون . . . . .   |
| ٦  | نطاق القانون . . . . .  |
| ٧  | اتصال القانون بالعلوم الأخرى . . . . .                            |
| ٨  | خطة البحث . . . . .   |
| ٩  | الباب الأول : طبيعة القانون . . . . .                             |
| ١٠ | الفصل الأول : المذاهب القانونية . . . . .                         |
| ١١ | المبحث الأول : مذهب أوستن . . . . .                               |
| ١٧ | المبحث الثاني : مدرسة الشرح على المتون . . . . .                  |
| ٢١ | الفصل الثاني : المذاهب الاجتماعية . . . . .                       |
| ٢١ | المبحث الأول : مذهب القانون الطبيعي . . . . .                     |
| ٣٠ | المبحث الثاني : مذهب التطور التاريخي . . . . .                    |
| ٣٣ | المبحث الثالث : مذهب القانون الطبيعي ذى الحدود المتغيرة . . . . . |
| ٣٦ | المبحث الرابع : مذهب الغاية الاجتماعية . . . . .                  |
| ٣٩ | المبحث الخامس : مذهب التضامن الاجتماعي . . . . .                  |
| ٤٥ | المبحث السادس : مذهب العلم والصياغة . . . . .                     |

منحة

|     |   |
|-----|---|
| ٤٥  | ١ — العلم . . . . .                                     |
| ٤٨  | ٢ — الصياغة . . . . .                                   |
| ٤٩  | ١ — طرق الصياغة المادية . . . . .                       |
| ٥١  | ب — طرق الصياغة المنوية . . . . .                       |
| ٥٣  | الباب الثاني : مصادر القانون . . . . .                  |
| ٥٤  | الفصل الأول : العادة والعرف . . . . .                   |
| ٥٤  | ١ — كيف تصبح العادة قانونا . . . . .                    |
| ٥٩  | ٢ — العادة والعرف كمصدر رسمي للقانون المصري . . . . .   |
| ٦٥  | الفصل الثاني : الدين . . . . .                          |
| ٦٥  | ١ — كيف يكون الدين مصدرا رسميا للقانون . . . . .        |
| ٦٩  | ٢ — الدين كمصدر رسمي للقانون المصري . . . . .           |
| ٧٠  | الفصل الثالث : قواعد العدالة والقانون الطبيعي . . . . . |
| ٧٥  | الفصل الرابع : التشريع . . . . .                        |
| ٧٧  | المبحث الأول : من التشريع . . . . .                     |
| ٧٨  | ١ — المبادئ العامة في سن التشريع . . . . .              |
| ٨١  | ٢ — سن التشريع في مصر . . . . .                         |
| ٨٥  | للمبحث الثاني : تجميع القوانين ( التقنين ) . . . . .    |
| ٩٣  | المبحث الثالث : تطبيق التشريع . . . . .                 |
| ٩٣  | ١ — تطبيق التشريع من حيث المكان . . . . .               |
| ١٠٥ | ٢ — تطبيق التشريع من حيث الزمان . . . . .               |
| ١١٠ | المبحث الرابع : تفسير التشريع . . . . .                 |

صفحة

|     |  |
|-----|--|
| ١١٩ | المبحث الخامس : الناء التشريع . . . . .                        |
| ١٢٢ | الفصل الخامس : الفقه والقضاء . . . . .                         |
| ١٢٤ | المبحث الأول : الفقه والقضاء فى القوانين القديمة . . . . .     |
| ١٤٣ | المبحث الثانى : الفقه والقضاء فى القوانين الحديثة . . . . .    |
| ١٥٥ | الباب الثالث : فروع القانون . . . . .                          |
| ١٥٥ | الفصل الأول : القانون الدولى . . . . .                         |
| ١٥٦ | الفرع الأول : القانون الدولى العام . . . . .                   |
| ١٥٩ | الفرع الثانى : القانون الدولى الخاص . . . . .                  |
| ١٦٢ | الفصل الثانى : القانون الداخلى . . . . .                       |
| ١٦٢ | الفرع الأول : القانون العام . . . . .                          |
| ١٦٤ | المبحث الأول : القانون الدستورى . . . . .                      |
| ١٦٥ | المبحث الثانى : القانون الادارى والقانون المالى . . . . .      |
| ١٦٧ | المبحث الثالث : قانون العقوبات وقانون تحقيق الجنايات . . . . . |
| ١٦٨ | الفرع الثانى : القانون الخاص . . . . .                         |
| ١٦٩ | المبحث الأول : القانون المدنى . . . . .                        |
| ١٧٠ | أ — قانون الأحوال الشخصية . . . . .                            |
| ١٧٢ | ب — قانون المعاملات . . . . .                                  |
| ١٧٢ | المبحث الثانى : القانون التجارى والقانون البحرى . . . . .      |
| ١٧٣ | المبحث الثالث : قانون المرافعات المدنية والتجارية . . . . .    |

صفحة

١٧٧

## مقدمة القانون المدني

١٧٩

مقدمة :

١٧٩

تعريف القانون المدني . . . . .

١٧٩

التقسيمات الرئيسية للقانون المدني . . . . .

١٨٠

### القسم الأول : الأموال الشخصية

١٨١

الباب الأول : الشخصية . . . . .

١٨١

الفصل الأول : الشخص الطبيعي . . . . .

١٨٢

المبحث الأول : الشخصية من ناحية القانون ( أو أهلية الوجوب ) . . . . .

١٨٣

١ — بدء الشخصية ونهايتها . . . . .

١٨٥

٢ — متعلقات الشخصية ( الاسم والأسرة والموطن والجنسية ) . . . . .

١٩٠

المبحث الثاني : أهلية الأداء . . . . .

١٩٠

١ — النظرية العامة لأهلية الأداء . . . . .

١٩٣

٢ — أحكام الأهلية في الشريعة الإسلامية وقانون المجالس الحسينية . . . . .

١٩٥

الفصل الثاني : الشخص المعنوي . . . . .

١٩٦

المبحث الأول : ماهية الشخص المعنوي وأقسامه . . . . .

١٩٦

١ — ماهية الشخص المعنوي . . . . .

٢٠١

٢ — أقسام الشخص المعنوي . . . . .

٢٠٥

المبحث الثاني : نظام الشخص المعنوي . . . . .

٢٠٥

١ — كيف يولد الشخص المعنوي . . . . .

٢٠٩

٢ — كيف يعيش الشخص المعنوي ( نشاطه القانوني ) . . . . .

٢١٣

٣ — كيف يموت الشخص المعنوي ( طرق انقضاء الشخص المعنوي ) . . . . .



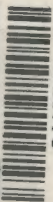
|      |  |
|------|--|
| صفحة |  |
| ٢١٤  | الباب الثاني : روابط الأسرة . . . . .            |
| ٢١٤  | ١ — الروابط الشخصية . . . . .                    |
| ٢١٧  | ٢ — الروابط المالية . . . . .                    |
| ٢٢٠  | القسم الثاني : المعاملات المالية                 |
| ٢٢٠  | تمهيد :  |
| ٢٢٠  | تقسيم الأموال . . . . .                          |
| ٢٢٣  | تقسيم الحقوق . . . . .                           |
| ٢٢٤  | النسبة المالية . . . . .                         |
| ٢٢٩  | الباب الأول : الحقوق العينية . . . . .           |
| ٢٢٩  | الفصل الأول : نطاق الحقوق العينية . . . . .      |
| ٢٢٩  | المبحث الأول : الحقوق العينية الأصلية . . . . .  |
| ٢٣٠  | ١ — حق الملكية . . . . .                         |
| ٢٣٢  | ٢ — حقوق الانتفاع . . . . .                      |
| ٢٣٥  | ٣ — حقوق الارتفاق . . . . .                      |
| ٢٣٦  | المبحث الثاني : الحقوق العينية التبعية . . . . . |
| ٢٣٦  | ١ — رهن الحيازة والرهن الرسمي . . . . .          |
| ٢٣٧  | ٢ — حق الاختصاص . . . . .                        |
| ٢٣٨  | ٣ — حقوق الامتياز . . . . .                      |
| ٢٣٩  | ٤ — حق المجلس . . . . .                          |
| ٢٣٩  | الفصل الثاني : طرق كسب الحقوق العينية . . . . .  |
| ٢٤٠  | ١ — الاستيلاء . . . . .                          |

صفحة

|     |   |
|-----|---|
| ٢٤١ | ٢ - الالتصاق . . . . .                                |
| ٢٤٢ | ٣ - الشفعة . . . . .                                  |
| ٢٤٣ | ٤ - التقادم . . . . .                                 |
| ٢٤٥ | الباب الثاني : الحقوق الشخصية أو الالتزامات . . . . . |
| ٢٤٥ | الفصل الأول : مصادر الالتزام . . . . .                |
| ٢٤٨ | المبحث الأول : العقد والارادة المنفردة . . . . .      |
| ٢٤٩ | ١ - أركان العقد . . . . .                             |
| ٢٥٢ | ٢ - أحكام العقد . . . . .                             |
| ٢٥٥ | المبحث الثاني : المصادر غير التعاقدية . . . . .       |
| ٢٥٥ | ١ - العمل الضار . . . . .                             |
| ٢٥٧ | ٢ - الأثرء على حساب الغير . . . . .                   |
| ٢٥٩ | ٣ - القانون . . . . .                                 |
| ٢٦٠ | الفصل الثاني : أحكام الالتزام . . . . .               |
| ٢٦٠ | ١ - أثر الالتزام . . . . .                            |
| ٢٦١ | ٢ - أوصاف الالتزام . . . . .                          |
| ٢٦٤ | ٣ - انتقال الالتزامات . . . . .                       |
| ٢٦٤ | ٤ - انقضاء الالتزام . . . . .                         |
| ٢٦٦ | ٥ - اثبات الالتزام . . . . .                          |



Bibliotheca Alexandrina



0412542